BREUIS ET SUCCINCTUS TRACTATUS. DE APPELLATIONIBUS, AD VSUM...

Melchior Klesl, Giovanni Battista Coccini

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
7 G
4

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

3-7. C. 15

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

BREVIS ET SVCCINCTVS TRACTATVS.

DE APPELLATIONIBVS, AD VSVM FORENSEM ACCOMMODATVS.

In quo, præter accuratam, & aliarum huic materiæ connexarum legum explicationem, multæ illæque arduæ & illuſtres iuris quæſtiones, excuſſis Interpretum ſententiis, & accommodata congruenti argumentorum ſerie; tandem aut Sacri Romani Imperij Comitiis, quantum aſſequi potuit, deciſæ, aut præiudicio alicuius, &c. præcipuè verò Cameræ Imperialis, reſolutæ & illuſtratæ continentur.

AVTHORE

IOANNE MELCHIORE CLETZELIO AB ALTENACH.

PRIMA EDITIO.

CVM LICENTIA SVPERIORVM.

FRIBVRGI BRISGOIÆ.

Excudebat MARTINVS BÖCKLERVS.

Anno M. DC. XIV.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

Digitized by Google

SERENISSIMO AVSTRIÆ ARCHIDVCI MAXIMILIANO, SVMMO ORDINIS TEVTONICI MAGISTRO, DVCI BVRGVNDIÆ, STYRIÆ CARYNTHIÆ, CARNIOLÆ, VVIRTENBERGÆ &c.

Landgravio Alſatiæ, Comiti Tyrolenſi, Habſpurgenſi, Pfirtenſi &c. Principi ac Domino ſuo clementiſsimo.

REfert Plinius, Sereniſsime Archidux, quendam Thebanorum Regem, cum obeliſcum, in quo quinquaginta hominum millia deſudarant erigere vellet, ut cô magnificentius & ſecurius erigeretur, eius ſummitati proprium filium impoſuiſſe. Audax profectô facinus & Inſolens, Verum quātô meum videri poſset audacius, qui Auguſtiſsimo Serenit: V^ræ nomini tanquam obeliſco longè Thebano illo ampliori, pri-

mum ingenij & talenti mihi concrediti fętum meũ alligârim? Sed cum non eadem mihi cum Thebano illo mens, excuſatione quoq; me dignum arbitror; Illius erat tanto filij alligati ſplendore ac nobilitate obeliſcum conſervare & illuſtrare, mea verò à tàm ſublimi virtutũque radijs corruſcante Auſtriacæ domûs columna libello meo cæteroquin obſcuro, lucẽ tanquã à ſole mutuari, eumque adverſus invidorum impetus, Zoilorum & obtrectatorũ morſus, in ea tueri, hac maxima tẽpeſtate, qua non tantùm plures præclarorum facinorum obtrectatores, quam imitatores, (uti ſapientiſsimé Carolus Qnintus Auſtriacus immortalis memoriæ Imperator quondam dixit) reperiuntur, ſed plerique adeò livore pleni, vt parvulos etiam quos ſibi plurimum obfuturos imaginantur, Pharaonis cuiuſdam inſtar, Saturni & Herodis ad internecionem crudeliter depoſcant. Præterea cur hoc meum opuſculum Serenitati Veſtræ iverim dedicatũ, fuit, cum id Appellationum cauſas tractet, ſuſcepti laboris cenſuram atque diiudicationem nulli iuſtiori ex cauſa cõpetere duxi, quã ei, ad quem vt multarum prouinciarum Auſtriacarum, & iudicem & Principem ſupremum, appellationes deuoluantur, Denique cauſa inſcriptionis fuit, incredibilis Serenit. Veſtrę

Ribadin: in vita Franc. Borgiæ l. 1. cap. 20.

Veſtræ ergâ ſubditos humanitas & clementia, quam licet Rudolphus primus Imperator Auſtriacus, invictiſsimæ Veſtræ ſtirpi, inſeuerit memorabili illo dicto, Seuerum & immitem fuiſſe me aliquando pœnituit: lenem & placabilem nunquam. Nihilominus tamen omnes vno ore fatentur eam á Serenitate Veſtra auctam & confirmatam: Hinc pius ſubditorum in Serenitatē veſtram affectus adeô exarſit, vt nihil magis in optatis illis ſit, quam ſeſe illi cùm debiti honoris exhibendi, tùm obedientiæ & obſequij præſtandi cauſa, patefacere, vel ſaltem inſinuare, mihi verò eô diligentius in id incumbendum, quo maiori benficentia, Regia familia Auſtriaca, parentem meum proſecuta eſt: quem inſuper cum conſtet omnem ætatem, laborem, ſtudium, Sereniſsimæ domui impendiſſe, æquum eſt, vt paternis veſtigijs inſiſtam ad ipſiuſque exemplum me componam, Suſcipe igitur Sereniſsime Archidux, benigno ac ſereno vultu, hanc meam obſequendi promptitudinem, vnâ cum hoc, lucubrationum mearum leuidēſe quidem munuſculo, ſed promptiſsimo & devotiſsimo animo, atquè eo conſilio oblato, vt grati-

AEneas Syluius lib. 2. Com: de rebus geſtis Alphonſi.

mum ingenij & talenti mihi concrediti fœtum meũ alligârim? Sed cum non eadem mihi cum Thebano illo mens, excuſatione quoq; me dignum arbitror; Illius erat tanto filij alligati ſplendore ac nobilitate obeliſcum conſervare & illuſtrare, mea verò à tàm ſublimi virtutũque radijs corruſcante Auſtriacæ domús columna libello meo cæteroquin obſcuro, lucẽ tanquã à ſole mutuari, eumque adverſus invidorum impetus, Zoilorum & obtrectatorũ morſus, in ea tueri, hac maxima tẽpeſtate, qua non tantùm plures præclarorum facinorum obtrectatores, quam imitatores, (uti ſapientiſsimé Carolus Qnintus Auſtriacus immortalis memoriæ Imperator quondam dixit) reperiuntur, ſed plerique adeò livore pleni, vt parvulos etiam quos ſibi plurimum obfuturos imaginantur, Pharaonis cuiuſdam inſtar, Saturni & Herodis ad internecionem crudeliter depoſcant. Præterea cur hoc meum opuſculum Serenitati Veſtræ iverim dedicatũ, fuit, cum id Appellationum cauſas tractet, ſuſcepti laboris cenſuram atque diiudicationem nulli iuſtiori ex cauſa cõpetere duxi, quã ei, ad quem vt multarum prouinciarum Auſtriacarum, & iudicem & Principem ſupremum, appellationes deuoluantur, Denique cauſa inſcriptionis fuit, incredibilis Serenit. Veſtræ

Ribadin: in vita Franc. Borgiæ l. 1. cap. 20.

Digitized by Google

Veſtræ ergâ ſubditos humanitas & clementia, quam licet Rudolphus primus Imperator Auſtriacus, invictiſsimæ Veſtræ ſtirpi, inſeuerit memorabili illo dicto, Seuerum & immitem fuiſſe me aliquando pœnituit: lenem & placabilem nunquam. Nihilominus tamen omnes vno ore fatentur eam á Serenitate Veſtra auctam & confirmatam: Hinc pius ſubditorum in Serenitatẽ veſtram affectus adeô exarſit, vt nihil magis in optatis illis ſit, quam ſeſe illi cùm debiti honoris exhibendi, tùm obedientiæ & obſequij præſtandi cauſa, patefacere, vel ſaltem inſinuare, mihi verò eô diligentius in id incumbendum, quo maiori benficentia, Regia familia Auſtriaca, parentem meum proſecuta eſt: quem inſuper cum conſtet omnem ætatem, laborem, ſtudium, Sereniſsimæ domui impendiſſe, æquum eſt, vt paternis veſtigijs inſiſtam ad ipſiusque exemplum me componam, Suſcipe igitur Sereniſsime Archidux, benigno ac ſereno vultu, hanc meam obſequendi promptitudinem, vnâ cum hoc, lucubrationum mearum leuidẽſe quidem munuſculo, ſed promptiſsimo & devotiſsimo animo, atquè eo conſilio oblato, vt grati-

AEneas Syluius lib. 2. Com: de rebus geſtis Alphonsi.

tudinis, Venerationis atque deuotæ cogitationis ſymbolum ac teſtimonium extare poſſit. Precor autem Deum Opt: Max: vt alta & prçclara Sereni^tis^ V^rę^ Conſilia & conatus tueri, provehere, & optato eventu donare velit. Friburgi Briſgauorum menſe Nouembri, anni 1614.

V^ræ^

Serenit^tis^

Humillimus & obedientiſſimus cliens & ſervus.

Ioannes Melchior Cletzelius ab Altenach.

PRAE-

PRÆFATIO AD LECTOREM.

COGITANTI *mihi, quo genere ſtudiorum & materiæ, â ſolitudine animum meum vindicarem, tempus otiumq; conſumerem, quippè cum nullus fructus otij ſit, imò magis diſpendium, vnde rectè Ap. Claudius refert, præpotentia imperia agitatione rerum ad virtutum capeſcendam excitari, nimia quiete in deſidiam reſolui, negotio ciuitatis mores in ſuo ſtatu contineri blandæ appellationis quiete, plurimis vitijs reſpergi, otio ingenia corrumpi, deflecti ad voluptates &c. nullum honeſtius perfugium & præclarius ſtudium occurrit, quàm Iuris ſcientia, in quà, cum per tempus octo & amplius annorum deſudaſſem, ex infinitis materiis,*

quæ

Digitized by Google

quæ in hoc Iuris oceano occurrunt, Tractatum de Appellationibus elegi, cuius cognitio quamuis magna & difficilis ſit, vtilitatis tamen magnitudo ad ſuſcipiendum tractandi laborem impulit, ad eumq́ latè diffuſum & diſperſum, conglutinandum & ordine quodam componendum exercitationis & delectationis, non oſtentationis cauſa me applicui, qui, etſi altero tanto auctior fieri poterat, & fortè maiorem à vulgo gratiam conciliare, id tamen, quod breuitas magis arrideat quam prolixitas, vt facerem adduci non potui. Omiſſo autem longiori ſermone, quo eum tibi commendem, ſi enim vtilitas huius Tractatus id impetrare non poterit, multò minus verborum inanes ampullæ id conſecuturæ ſunt, ſatius me facturum, confido, ſi ſuſceptæ compoſitionis ordinem & capita ſummatim, quo poſſim verborum compendio, ſubijcerem, ſimul etiam vulgarem illam perſuaſionem, nihil amplius ſcribi, quod ab aliis ſcriptum non ſit, eximerem, aut ſaltem minuerem. Principio huius operis,

itaq́

Digitized by Google

itaq́ aliquot ſignificationibus APPELLATIONIS *in medium allatis Legibus & Authoritatibus Liuij, Valerij Maximi, Senecæ &c. illuſtratis, definitionem Appellationis, ſubiecta reſolutione, an à Principe, ſtatuto, tolli poßit &c. Inconcinatione primi capitis ſum executus. In ſecundo, tertio & quarto capite, quibus hoc commune auxilium aut beneficium prouocationis deferendum: à qua cauſa, &c. & à quibus Iudicibus recipienda ſit vel non Appellatio, itâ enarraui, vt circa arduas & difficiles quæſtiones, aliásq́ huic materiæ coniunctas, quæ ſe offerrent, interpretũm pugnantes ſententias, argumentis in vtramq́ partem ordine conſertis quantũ aſſequi potui, aut Sac. Rom. Imperij Comitiis, aut ſaltem præiudicio alicuius, præcipuè verò Cameræ Imperialis, deciſas, reſolutas, & illuſtratas exponerem, & hæ, quæ ad perſonas: Secundo, quæ ad cauſas: Tertio, quæ ad Iudices: Quarto capitula referentur. Inde in quinto cap. quæ ad tempora aut ſolennia appellationum requirantur;*

Digitized by Google

quisq; modus & forma antiquitus appellandi fuerit. Quo iure autem nunc vtamur admixtis & ordine eoq́; modo, quo dictum, deciſis quæſtionibus, complexus ſum: In vltimo deniq́; capite, ne infructuoſa hac inueſtigatio videatur, effectus appellationis ſubnexui, illationesq́; ex illis emanantes excuſſi, & potuiſſet his expoſitis noſtro tractatui certus finis conſtitui, ſed quia mihi propoſitum fuit officia appellantis, appellati, iudicis A QVO *& Iudicis* AD QVEM *&c. coniungere & perſtringere, idcircò, quid vnicuiq; incumbat, qua potui perſpicuitate verborum ſubieci. Quod autem paucos authores, eosq; Neotericos ſæpè, veteribus omiſſis, præcipuè verò Petrum Gilkennium &c. Præceptorem meum, Item Authorem præiudiciorum Cameralium &c. & Rulantum de Commiſſariis &c. allegauerim, primum enim non meæ negligentiæ expenſam referri debet, ſed eo conſilio factum, ne allegatione authorum, hunc Tractatum obruerem, quodq́; ex Gilkennio &c. aliisq; à me recitatis Authoribus alij, deprahendi poſſint,*

Digitized by Google

ſint. Secundum, vt vltra alios allegatos authores conteſtes habeam rerum, de quibus mentionem feci, itá iudicatarum. Hæc de ordine ſuſcepti operis, & ordine conatus mei, quæ in hunc Tractatum relata ſi tibi probabuntur, occaſio ad maiora capeſſanda dabitur; ſin minùs, iudicium tum interpone, digneris corrigere, & ſenſum verbis præferre, Nam, vt ille rectè ait, difficile eſt ita quidquam agere, vt nihil erres, quod ſi, etiam ſine errore quiſquam aliquid peragat, difficilè eſt non iniquum iudicem inuenire. Sufficit viam aperuiſſe veritatis vlteriûs inueſtigandæ, Nam teſte Quintiliano, quotidiè cognitio creſcit. Quod autem ad illam circumſcriptam opinionem attinet, nihil in lucem edi, quod literarum monumentis antea conſignatum non ſit, idemq; paucis commutatis verbis ab aliis repeti &c. Iure tamen malè collocatam operam illius dici non poterit, qui excuſsis interpretum ſententiis & ſubiectis ordine argumentis pro ingenij ſui facultate & talento, illas publica ſanctione definitas,

aut ſaltem præiudicio ſupremi alicuius iudicij reſolutas & illuſtratas referat, qui ab aliis citrà delectum & ordinem per declarationes, quæſtiones, miſcellanea &c. expoſita ſunt, in vnum conferat, & quaſi in propria ſede conſtituat. Illud coronidis loco adijciendum putaui, ſi quid omiſſum ſit hoc Tractatu, me in ſequenti editione aut tractatu de ſupplicatione &c. quæ appellationi affinis eſt, ſuppleturum.

VALE.

Digitized by Google

BREVIS ET SVCCINCTVS
TRACTATVS

DE APPELLATIONIBVS, AD VSVM FORENSEM ACCOMMODATVS.

IN quo, pręter accuratam, & aliarum huic materiæ connexarũ legum explicationem, multę illęq; arduę & illuſtres iuris quęſtiones, excuſsis interpretum ſententiis, & accommodata congruenti argumentorum ſerie; tandem aut Sacri Romani Imperii Comitiis, quantum aſſequi potuit, deciſæ, aut pręiudicio alicuius, &c. pręcipuè vero Camerę Imperialis, reſolutę & illuſtratę continentur.

AVTHORE

IOANNE MELCHIORE CLETZELIO AB ALTENACH.

PROOEMIVM.

VTILITAS huius Tractatus non eget commendatione, ipſe enim ſe oſtendit, nam appellandi vſus quam ſit frequens, quamq́ue neceſſarius, nemo eſt qui neſciat; quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam corrigat, vt ait Iuriſconſultus Vlpian. in *l. 1. ff. de Appellat.* Optimo enim Iure permiſſum ſententia parùm iuſta, aut iniqua onerato maiorem Iudicem prouocare, atq́ue innocentiæ ſuæ præſidium quærere, ſic Horatius, atteſtante Liuio *lib. 1. fol. mihi 37. & Valerio Maximo, lib. 8. cap.* 1. interfecta ſororis crimine à Tullio Rege damnatus, prouocato iudicio ad populum abſolutus eſt, proclamante Patre Horatii, ſe filiam iure cæſam iudi-

aare, ni ita eſſet, patrio iure in filium animaduerſurum fuiſſe &c. Eiuſdem appellationis beneficio, refert Cæſar, Baronius Tomo 5. Annali: Eccleſ. anno 404. nu. 20. & eod. Tom. 5. anno 432. nu. 87. & Tomo 3. anno 347. n. 48. Sanctum Ioannem Chryſoſtomum, Sanctum Britium Turonenſem Epiſcopum, Marcellum, Athanaſium, &c. & alios Epiſcopos, oppreſſos calumniis aduerſariorum condemnatos ab Arianis ab hisq; depoſitos, appellãtes ad ſummũ Pontificem, vt meliori ſtatu res collocaretur abſolutos, & ſedi priſtinæ reſtitutos fuiſſe. Ideoque vt via atque ordine progrediamur, hunc Tractatum in ſubſequentia ſex capita partiri atq; diſtribuere commodum duximus; quorum primum, definitionem appellationis complectetur. Alterum, qui ſibi hoc beneficium appellationis polliceri poſſint, & quibus deferẽdum non ſit, continebit. Tertium circa cauſam à qua interponi appellatio poſſit, & à qua iure improbetur, verſabitur. Quartum à quibus iudicibus

cibus concedatur, & à quibus denegetur appellatio, tractabit. Quintum, tempora ſeu ſolemnia, vulgò formalia ſeu fatalia appellationis perſequetur. In ſexto denique, & vltimo de effectu appellationis videbitur, vbi etiam tam partium quam iudicum officia comprehendemus.

CAPVT

CAPVT PRIMVM.

Quid ſit appellatio.

SVMMARIA.

1. *Appellare ſignificat iudicium dictare, iudicio cõuenire, vel etiam citrà iudicium interpellare, idq́; legibus & authoritatibus Senecæ & Valerij Maximi, probatur & num. 3.*
2. *Explicata lex 29. qui appellat ff. de iudiciis, & l. item apud 15. §. ſi quis non, 33. ff. de iniuriis. §. finalis l. fide iuſſor 16. ff. de fideiuſſoribus.*
4. *Appellare ſignificat etiam blando ſermone pudicitiam attentare.*
5. *Sumitur & pro implorare, idque authoritatibus probatur.*
6. *Definitio appellationis traditur.*
7. *Prouocationem latius patere, appellatiòne & ſignificare òmne beneficium, per quod auxilium iudicis ſuperioris imploratur.*
8. *Promiſcue prouocationem & appellationem ſumi.*
9. *Appellatio an ſtatuto tolli poßit.*
10. *Affirmatiuæ opinionis fundamenta.*
11. *Negatiua verior & confirmata præiudiciis Cameræ Imperialis.*
12. *Declaratum capitulum venientes. 19. extrà de iureiurando.*
13. *Statuta repugnantia rationi communi, repudianda eſſe.*
14. *Tribunitium auxilium, & prouocationem, duas arces l[illegible]tatis tuendæ dici.*
15. *Statuta limitare poſſe appellationes, citrà tamen præiudicium ſuperioris.*
16. *Principis poteſtate contineri ius tollendæ appellationis.*
17. *De quo Principe id exaudiendum.*

18. *Rationes in contrarium allegatæ diſſoluuntur.*
19. *Quomodo appellatio cenſeatur habere ſpeciem defenſionis.*
20. *Defenſionem quoad ſui ſubſtantiam tolli non poſſe, aliud autem obtinere, quoad formalitatem ipſius.*
21. *Intereſſe, inter habere ſpeciem æquitatis naturalis, & eſſe iuris naturalis.*
22. *Lex eas 8 ff. de capite minutis, declarata.*
23. *Vſu magis, quàm aliqua certa lege, & iure, appellationem inductam, aut reiectam eſſe.*
24. *Principem ius naturale limitare poſſe.*
25. *Rectius dici, appellationem eſſe de iure ciuili, naturali tamen ratione dictante.*
26. *An cauſa committi poßit, recuſatione remota, remißiue.*
27. *Ratio quare ſtatuto tolli non poßit appellatio, quæ tamen non militet in Principe.*
28. *Nec conſuetudine, nec præſcriptione induci poſſe, ne ad ſuperiorem appelletur, idq́; præiudiciis Cameræ Imperialis confirmatur, num. 29.*
30. *Priuilegio adimi poſſe beneficium appellationis,*
31. *Remota appellatione, non cenſeri ſublatam ſupplicationem, querelam nullitatis, auxilium reſtitutionis in integrum.*
32. *Appellationem vocari à Baldo theriacam contrà iudicis venenum.*
33. *Plerosq́; tamen ea abuti, vt executionem iudicati fruſtratoriis appellationibus remorentur.*
34. *Libellum appellationis priora continentem, non eſſe admittendum.*
35. *Conſilium pro appellato, prioribus articulatis.*
36. *Grauamina impertinentia, non eſſe admittenda, eoq́; iure nos vti.*
37. *Compenſationem in vim reconuentionis obiectam in cauſa appellationis reſpui.*
38. *Compenſationem, & alias exceptiones peremptorias non impugnantes iudicatum, in ipſa executione obijci poſſe.*

39. Re-

Digitized by Google

39. *Reconuentio an in iudicio appellationis admittenda.*
40. *Formula pronuntiandi, ſi grauamina irreleuantia ſint.*

CVM authoribus Iuriſconſultis, necnon Cicerone *lib. 1. de Oratore*, omnis diſceptatio, quæ ab aliqua re ſumitur, a definitione proficiſci debeat, vt intelligatur, quid ſit, id de quo quęratur, non abs re me facturum exiſtimaui, ſi aliquas huius nominis (Appellationis) † ſignificationes adferrem. 1

Appellare itaq; eſt, iudicium dictare, iudicio conuenire, vel etiam citra iudicium interpellare, *l 29 qui appellat. ff. de iudiciis l 15. item apud §. 33. ſi quis non ff. de iniuriis. l. fideiuſſor. § final. ff. de fideiuſſoribus in verbis*, † *Veriſimile id actum vt appellatus reus non ſoluiſſet fideiuſſor teneretur.* Sic Seneca *lib 5. de beneficiis*, Fœnerator quoſdam debitores non appellat, quos ſcit decoxiſſe. Valerius Maximus *lib. 4. cap. 8. ibi.* neque de ſorte quenquam debitorum ſuorum, neque de vſuris à ſuis appellari paſſus, & *libro ſexto capite ſecundo, ibi.* pecuniam ſpopondi † quo nomine nunc appellor, & *lib. 6. cap. 5.* Refert collegium Tribunorum, cum quidam creditoribus ſuis nollet ſati facere decreuiſſe, ſi neque ſolueret pecuniam, neque daret, cum quo ſponſio fieret, ſe appellantibus creditoribus, auxilio futurum, videatur Stephanus Forcatulus *dialogo 58. num 5. & 6.* 2 3

Appellare † ſignificat etiam blando ſermone alicuius pudicitiam attentare. *l. 15 item apud §. 20. appellare & § 22. aliud ff. de iniuriis* Valerius Maximus *lib 6 cap. 1.* latè Briſſonius *de verbo. ſignific. in verbo appellare.* Paſſim etiam ſumitur † pro implorare, *Liuius lib. 2. appellat tribunos* cum auxilio nemo eſſet, & *lib. 38.* ſi ſe appellet auxilio ei futurum. Valer. Max. *lib. 6. cap. 3. ibi.* quod vt illi nunciatum eſt, ad conſulis tribunal cucurrit, collegiumque Tribunorum appellauit, & *lib. 6. ca. 1.* à quo appellati Tribuni cum de ſtupro &c. 4 5

Quod autem ad præſentem materiam attinet, omiſſis aliorum definitionibus, appellatio in hunc modum definiri
6 poterit; † quod ſit à iudice inferiore ad ſuperiorem à ſententia, vel grauamine, gradatim facta prouocatio, iniquitatis ſententiæ querelam continens, *l, 1. ff. hoc tit. iuncta leg. præfecti. 17. ff de minorib.* Capita huius definitionis, ſicuti & diſtinctionis, commodius in ſubſequentibus excutientur, ſolum hic animaduertendum, hanc vocem (prouocationis) in definitio-
7 ne poſitam † latius patere appellatione, generaliter enim ad iudicium vocare, *l. 13. in tribus, cum ſequentibus, ff. de iudiciis.* Duarenus *in princip. huius tituli*, & omne id beneficium, omnem actum, modum, per quem officium ſeu auxilium ſuperioris iudicis imploratur, ſignificat. *Bart. in l. ſi minor 25.*
8 *verſic. tertio modo ff. de adminiſtrat. tutor.* † a iuriſconſ. autem prouocationem ſumi pro appellatione & econtrà colligitur. *ex l. maritus 20. ff. de quæſtion. l. in ratione 11 §. 3 cum quidam ff. ad l. falcidiam ibi:* prouocatione interpoſita & non iuſtè appellatum eſſet pronunciatum. *l. 13. ſcire. in prin. ff. de excuſat. tutor. l. tale 40. §. 1. qui prouocauit ff. de pactis.* Liuius *lib. 3. fol. mihi 253. ibi:* auxilium Tribunitium prouocationemque ad populum &c. *& fol. 238.* attamen & tribunos appellauit, & nullo morante arreptus à viatore, prouoco inquit. Ex his deducitur, differentiam à quibuſdam allatam inter prouocationem, appellationem, interceſſionem, non ſubſiſtere, quod videlicet prouocatio ſit à minore ad maiorem, appellatio inter æquales, interceſſio inter vtroſque. Cum ex citatis legibus & authoribus aliud colligatur. His ita præmiſſis, cum appellatio cenſeatur eſſe ſpecies defenſionis *capit: cum ſpeciali 61. § porrò extr. de appellat. Marant. part. 6 de appellat. n. 247. Andr.*
9 *Gail. lib. 1. obſ. 128 n. 1.* † incipiendum, an ſtatuto hoc beneficium appellationis tolli poſſit, ne ad ſuperiorem appelletur. Doctores ad l. omnes populi ff. de iuſt. & iur. diſſentiunt.
10 Etenim † id fieri poſſe, conuinci videtur, *ex l. finali §. fin. Cod de temporib. appellat.* Si enim pactis conuentis id fieri concedatur, quare

quare legis authoritate hoc non permittetur? vt ait Iuſtin. in *l. finali in fine Cod. de fideiuſſorib.* Secundo ſtatuto tolli poſſe, quæ ſunt iuris ciuilis, hoc autem iure, appellationem introdu-ctam conſtare *ex l. 2. §. exactis 3. ff de origine iuris.* Sic & Moy-ſes *Exod. 18. & Deut. 1.* conſtitutis iudicibus grauiores cauſas indeciſas ad ſe referri præcipit, nullam appellationis à ſenten-tia in leuioribus allata, mentionem faciens. Verum omiſſa longiore diſputatione, neganti opinioni, huiuſmodi ſtatuta non ſubſiſtere, tanquàm veriori ſubſcribendum, † quam con- 11
firmat aliquot præiudicijs Cameræ Imperialis, Rulandus de commiſſarijs, *part. 3. lib. 8. de proceſſ. iudic. interrogatoriis cap. 13. num. 21.* Textus † elegans *in capit. venientes 19. ext. de iureiur.* 12
vbi Summus Pontifex, conſuetudinem ciuitatis Tudertinæ, qua conſules iuramento obſtringebantur, ſe, quod pronun-ciaſſent intrà dies 28. executuros, improbat, ratio adfertur ab interpretibus, quia huiuſmodi ſtatuta defenſionem tollant, quæ ratio videtur colligi ex d. cap. 19. in verbis, *cum per hoc beneficium aggrauatis tollatur*; quod ipſis ſeculares leges non denegant. Deprehenditur in textu & alia ratio, ibi, *& ideo ſic-uti iudices*, &c. quod videlicet præberetur occaſio delinquen-di, & ſubditos iniuria afficiendi, ſi enim ad hoc per naturam oſtenſum præſidium, non ſecus atque ad aſylum aliquod, grauatis confugere liberum eſſet, oporteret eos fortunarium, corporis, atque exiſtimationis periculum ſubire, vnde cum huiuſmodi ſtatuta † repugnent rationi communi, quæ dictat 13
iniquitate aut malitia iudicum oppreſſos, auxilio ſuperiorum eſſe ſubleuandos, nullius ſunt momenti, neque iure ſubſi-ſtunt, neceſſarium .n. inquit Vlpian. *in l. 1. ff. hoc tit.* vſum eſſe appellationis cum per eam iudicantium iniquitas corrigatur, & *in l. addictos 29. Cod. eod.* cum per errorem vel gratiam co-gnitoris oppreſſa putatur iuſtitia, non denegatur, interponen-dæ prouocationis copia, inquiunt Imperatores: hinc cum Ap-pi Claudij appellatio non reciperetur, querebatur, quod ap-pellatio prouocatioque aduerſus iniuriam Magiſtratus oſten-

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

tata, tantum literis, non verè data ſit, cui Plebeio & humili præſidium in legibus fore ſi ipſi non ſit, Liuius *d. lib. 3. fol. mi-*
14 *hi* 239. Et ab eodem, † duæ arces libertatis tuendæ dicuntur, Tribunitium auxilium, & prouocatio, eo quod appellabantur Tribuni, contrà vim Magiſtratuum, vnde etiam factum inſtitutumque, vt nunquam domus Tribunorum Romæ clauderetur, nec noctu quidem, vt auxilio indigentibus ianua pateret, quaſi portus quidam & præſidium periclitantium, &c. hinc decemuirali poteſtate (qua prouocationis beneficium ſublatum erat) euerſa, legem prouocationis non reſtituit modo populus, ſed etiam muniuit ſanciendo, ne quis Magiſtratum vllum ſine prouocatione crearet, quod ſummum defendendi præſidium in appellatione ſitum ſit, & ſalus populi reſideat. Liuius *decad. 1. lib. 3. fol. mihi*, 212. &
15 236. Animaduertendum tamen, † vt malitiæ via præcludatur, ſtatutis reſtringi poſſe appellationes, (modo ius ſuperioris non lædatur) vt ne appelletur, niſi iuramento præſtito calumniæ vel appellationis, vermittelſt deß Appellation Eyds.

Superiori quæſtioni hæc affinis eſt, an Principi conceda-
16 tur poteſtas tollendæ appellationis? † Communi interpretum calculo receptum eſt, eam concedi, intelligendum id autem de Principe non recognoſcente ſuperiorem. Rulandus *part. 3. lib. 8. d. cap. 13. num.* 23. vbi ita obſeruatum refert, *l. 1. §. interdum 4. ff. à quibus appellare non licet.* & facit ordinatio Cameræ Imperialis *part. 2 tit.* 28 §. vnd dieweil/ &c. vbi priuilegio aut reſcripto Imperatoris tolli poteſt appellatio, ratio eſt, quia appellatio, non ſit iuris naturalis, ſed poſitiui, & humani, Couarruuias *pract. quæſt cap. 23. num.* 6. Maranta *part 6. hoc tit. num.* 336. hinc paſſim in iure Canonico animaduertimus, inſeri reſcriptis Summorum Pontificum, vulgarem clauſulam. REMOTA Appellatione *cap. 53. paſtoralis extr. hoc titul. capite ſecundo. extr. de mutuis petitionibus*, cum ſimilibus, licet non omnibus ea concedatur, nam ſolum Imperato-

rem

rem ita iudicem dare poſſe, † declarat *d. ꝟ.* §. 4 interdum, 17
quia ius appellationis tollendę ſit de regalibus. Quamuis autem rationes ſupra allegatæ de ſtatutis militare etiam videantur in principe, tollente appellationem, quod videlicet ſit defenſio *d. cap cum ſpeciali* 61. §. *porrò extr hoc tit. cap. cum inter quinto capit ſignificauerunt* 11. *extr de exceptionibus* ideoque à Principe tolli non poſſit, cum ea ſit iuris naturalis, & omni iuri conceſſa, *Clemen. paſtoralis, circa finem, ibi,* cum Imperatori tollere non licuerit quæ iuris naturalis exiſtunt, *de ſententia, & re iudicata*, quare cum huiuſmodi reſcripta naturali ratione repugnare videantur, quæ nullius authoritate, commutari aut per legem ciuilem corrumpi poſſint, *leg. eas* 8. *vbi Cuiacius libro vigeſimoſecundo obſerua. capite decimoquarto ff. de capite minutis*, his inquam reſcriptis tollatur, ratio naturalis, quæ dictat iniquitatem iudicantium corrigendam, eaque per appellationem corrigatur, *leg.* 1 *ff. hoc titul. iuncta lege præfecti* 17 *ff. de minoribus*, quibus accedat, quod maximè Principis officium ſit curæ ſibi eſſe, ne aliqua iniuria aut iniquitas ſubditis à Magiſtratibus & Iudicibus inferatur, Principes enim cuſtodiæ defenſioniſque cauſa conſtitutos eſſe refert & probat multis authoritatibus *Ioannes à Chokier in theſauro Politicorum aphoriſmorum libro ſecundo capite quarto.* Contrarium hic autem euenire videatur &c. licet inquam hæ rationes in Perſona Principis locum vindicare videantur, tamen
rectè conſideratæ non idem conſequentur, † etenim quamuis 18
appellatio dicatur habere ſpeciem defenſionis, non tamen in
ea cauſa eſt, quæ dependeat à iure naturali, † per tradita à Ma- 19
ranta *part. 6. hoc tit. num* 340. deinde quamuis defenſio quoad
ſui ſubſtantiam tolli non poſſit, poterit tamen quoad
ſolennitatem & formalitatem ipſius † quo reſpectu rectè 20
dicitur defenſionem eſſe de iure poſitiuo, verbi gratia, vt in primo iudicio omne ius ſuum ab actore deducatur, à reo omnes defenſiones proponantur, ſub pœna præcluſionis viæ probandi &c. quare latè ſumpto vocabulo defenſionis, conti-

continebitur appellatio, an enim plures inſtantiæ ſint, id non reſpicit defenſionem, ſeu merita cauſæ principalis.

Ex his deducitur, licet appellatio cenſeatur habere ſpeciem
21 æquitatis naturalis,† non tamen continuò inferendum eſſe, iuris naturalis, argumento *leg. eas* 8. *ff. de capite minutis.* Vbi di-
22 citur, † obligationem dotis naturalem habere præſtationem, non enim inde colligendum, dotem à iure gentium aut naturæ ducere originem, nam vt plurimum quæ æquitatem naturalem habere dicimus, in æquo & bono poſita eſſe intelligimus, vſus dotium non inualuit apud omnes gentes; Tacitus de moribus Germaniæ ſcribit mulieres indotatas nupſiſſe,
23 eadem ratione † vſu magis, quàm aliqua certa lege aut iure appellationem inductam aut reiectam eſſe conſtat, ex Cicerone *lib.* 3. *de legib.* lex inquit militiæ erat ab eo qui imperabit, prouocatio nè eſto, quodque is qui bellum gerit, imperaſſit, ius ratumque eſto, & Gregorio Tholoſano *lib.* 50. *Syntag. iuris, &c. cap.* 2. *num.* 24. vbi refert à quibuſdam iudicibus apud Athenienſes interdictam fuiſſe prouocationem; Huc pertinet prouocationis remedium decemuiris conſtitutis lege ſublatum fuiſſe, & Caligulam Cæſarem liberam Magiſtratibus iuris dicundi authoritatem, ſine vlla ſui appellatione conceſſiſſe &c. Quomodo autem & qua ratione, à Romanis fuerit recepta appellatio, docet Liuius *l.* 1. *decade* 1. *fol. mihi.* 687. ibi eodem anno M. Valerius Coſ. de prouocatione legem tulit, &c. Tertio ea dum poſt Reges exactos lata eſt. Hinc conceſſo à iure naturæ, profectam appellationem ſubnixamq; eſſe ratione aut æquitate naturali, iure tamen negari non poteſt pro ratione rei, vtilitate humanæ ſocietatis, & fauore minuendarum litium, quæ eam magnopere perturbant, Principem ſtatuere poſſe, vt res de qua controuerſia, remota appellatione, decidatur, quod ipſum & humanitatis ratio dictat, & ciuilis policiæ tranquillitas; incredibile enim dictu, quæ tela abuſuum ex hoc magno litium ſtamine & ſubtegmine enaſcantur, idq; in longè maximam ſingulorum captionem, quod exemplis

& au-

Digitized by Google

& authoritatibus illuſtrat *Ioan à Chokier in Theſaurò politic. aphor fol.* 60. imo principem † poteſtatem ſibi polliceri poſſe 24
limitandi, ius naturale, conſtat ex allegatis à Duareno *in tit. de pactis.* Mynſing. *in tit. de iure naturali &c. §. ſed naturalia*, ibidem Balduino, *num.* 23. *& notatis ad legem bona fides, ff. depoſiti*, quæ breuitati ſtudens omitto.

His ita ſubductis † rectius dici poteſt, appellationem eſſe de 25
iure ciuili, naturali tamen ratione dictante, exemplo recuſationis iudicis, quæ licet inducta cenſeatur, à iure ciuili quoad modum procedendi, cum tamen in ſe contineat defenſionem, quæ ſit iuris naturalis, intelligitur emanata, dictante naturali ratione *cap.* 41. *ſecundo requiris, ext. hoc tit.* quæ iure transferri poſſunt ad appellationem, Principi autem ius eſſe, tollendi inducta à iure ciuili dictante naturali ratione receptum eſt, *Doctores in tit. inſt. de iure naturali, &c. § ſed naturalia.* Obijcienti autem commiſſionem cauſæ, recuſatione remota, poteſtate Principis non contineri, videatur † Mynſing. *cent.* 3. *obſ.* 26
65. Gail. *lib* 1. *obſ.* 33. *num.* 4. *Dd. ad leg. apertiſſimi, ibidem Gilkenius num.* 3. *Cod. de iudiciis*, & appellationem recuſationemq; pari iure ſubnixas eſſe, vti dictum eſt, occurrendum erit ex iam recitatis authoribus; His ita ſubductis, illatio de ſtatuto ad principem non ſubſiſtit, alia enim eſt ratio in ſtatuto, alia in
† principe tollente appellationem, ſtatutis ideo non remoueri 27
poſſe appellationem, verius eſt, tanquàm in præiudicium ſuperioris, ideoque nec limitare poſſint in eiuſdem præiudicium, *Benderus de reuiſionibus, concluſ.* 30. *n.* 10. Hinc in Camera Imperiali, tàlia ſtatuta ne ad Cameram Imperialem prouocetur, non attenduntur. *ordinatione Cameræ Imperialis part.* 2. *tit.* 28. *circa principium. Gail lib.* 1. *obſ.* 135 *num.* 12. *Mynſingerus cent.* 1 *ob.* 14. *Rulandus part.* 3. *lib.* 8. *de proceſſ. iudicia: interrogat. cap.* 13. *nu.* 22. vbi hoc præiudicijs confirmant, etiamſi allegaretur conſuetudo, † quod à ſententijs v. g. talis ciuitatis non 28
appelletur ad Cameram Imperialem *Meichſnerus tomo* 3. *deciſ. cam. deciſ.* 28. *tomo* 2. *Symphorematus part.* 2. *voto* 16. *num.* 2. aut

præſcriptio, quia ea in præiudicium ſuperiorum non attendi-
29 tur, ita in terminis *Rulandus dicto capit.* 13. *nu.* 3. vbi † in quadam cauſa hoc conſideratum refert, recepta enim eſt Doctorum enunciatio, in ſignum ſuperioritatis alicui reſeruata quem ex cauſa præſcriptionis ſibi polliceri non poſſe, per copiosè allegata *à Petro Gilkenio præceptore meo &c. piæ memoriæ in authen. quas actiones capit.* 9. *num.* 3 *Cod. de Sacroſanctis Eccleſiis. & numer.* 19. vbi ex Roſenthal &c. in auditorio Spirenſi contra Epiſcopum Leodinenſem ita iudicatum refert. Appellationis autem ius eſſe ſignum ſuperioritatis, multis confirmat. *Rulandus dicta part* 3. *libro ſecundo. de interrogatoriis Iurium incorporal. cap.* 5. *num.* 18. vbi id in quadam cauſa refert notatum, niſi priuilegio ſubnixa eſſet, *ordinatio Cameræ Imperialis dicto loco* §. vnd dieweil *verſic.* es were dann daß ꝛc. *Notator ad d. ordinationem Camer. Imper. ſub nomine Magenhorſt part.* 2. *titul.* 28. *fol.* 268. vbi confirmat præiudicijs, quamuis
30 † per legitimum priuilegium Ius appellationis ad Cameram Imperialem tolli poſſit, id autem non fieri per conſuetudinem. Supra autem allegata ratio in principe non recognoſcente ſuperiorem, ſibi locum vindicare non poteſt, ne quis autem putet, hac via iudicibus datam occaſionem aut mate-
31 riam non iure iudicandi &c. poterit adiri † Princeps per modum ſupplicationis, *toto tit. Cod. de precibus Imper. offerend. Maranta part* 6. *tit. de appellat. poſt n.* 13. *Abbas in ca.* 4. *extr. de reſt. in integrum*, nullitatis, querelæ &c. Neq; his aduerſatur, appellatione remota, abbreuiandarum litium cauſa, cenſeri etiam ſublatum beneficium ſupplicationis, maximè ſi ex natura cauſæ ſit prohibita appellatio, *Iaſ. in auth. quæ ſupplicatio. Cod. de precib. Imperat. offerend gloſſa in l. fin. Cod. vt lite pendente*, &c. nam ſecundum ea quæ propoſita, querelam deferentem, audiendum puto, per tradita *in cap. paſtoralis ext. hoc tit. Mynſing. cent.* 6. *obſ.* 15. Appellatio, itaque remedium ſaluberrimum eſſe conſtat, adeò vt à *Baldo in leg. vnica Cod. ſi de momentanea*
32 *poſſeſſ.* &c. vocetur † theriaca contrà iudicis venenum. Ta-

men

men cum multi hoc ſeculo exulceratiſſimo abutantur hoc
communi auxilio, vt lites in infinitum appellando extrahant,
& aduerſarium ſumptibus vexent, ſiue vt loquitur *ordinatio*
Cameræ Imperialis part. 2. titul. 28 §. darzu *ibi* damit ſie etwa
jhre Gelegenheit zu endtlichem Verderben vnd Verlaſ-
ſung der Sachen / oder zu vngebärlichen Verträgen trin-
gen / oder deſto länger in Nüſſung der Güter ſitzen blei-
ben / ꝛc. id eſt, † vt aduerſarios ad extremam fortunam, de- 33
ſertionem cauſæ, aut iniuſtam tranſactionem inducant,
aut diutius in poſſeſſione rei morentur, hocque ferendum
non ſit, non enim ad defenſionem iniquitatis, ſed ad præſi-
dium innocentiæ, comparatum eſt *capit. cum ſpeciali* 61. §.
porrò extr. hoc titul. quod ſignificatur verbis definitionis no-
ſtræ, (iniquitatis ſententiæ querelam continens, ad diſ-
ferentiam ſupplicationis, reſtitutionis in integrum *leg.* 17.
præfecti ff. de minorib.) quare à iudice diligenter animaduer-
tendum, an libellus appellationis per omnia conueniat actis
primæ inſtantiæ, ſi enim ſit mera repetitio priorum, libel-
lus † tam de iure communi, quàm ordinatione &c. reijci- 34
tur: neque ad reſpondendum vel probandum admittitur,
vulgata *lege ampliorem* §. *in refutatoriis, vbi Baldus Cod. hoc tit.*
Ordinatio Cameræ Imperialis part. 3. *titul.* 33. §. Wo aber *penul.*
ne quidem cum clauſula, ſaluo iure pertinentium & non
admittendorum &c. *gloſſ. in capit. contingat in verbo nihil omi-*
nus, de officio delegati & ibidem Canoniſtæ, tomo quarto. Sympho-
rem. part. prima, voto trigeſimo octauo. numer. primo Quod enim
ſemel capitulatum eſt aut interrogatum, huic non amplius
eſt locus, per tradita à *Gail lib.* 1. *obſ.* 128 *numer.* 6. Hinc quæ-
ſitum, an in ſpecie exprimendum ſi quid noui in ſecunda in-
ſtantia deductum ſit? opiniones & rationes in vtramque par-
tem &c. conſule Tomum *Symph.* 2. *part.* 2. *fol.* 195. *num.* 63.
Verum hoc definitum, *vti in cap. vlt huius Tract.* videre eſt.
Hæc igitur animaduertenda a iudice, † & conſultum, vt appel- 35
latus etiam ipſe, per appellantem libellum exhibitũ reuideat,

Digitized by Google

vt ſi nihil noui contineat, per generalia lite conteſtata, & repetitione actorum facta, concludat, adiecta petitione, libellum vt irreleuantem, continentem omnia priora, &c. eſſe reijciēdum, rectè pronunciatum, malè appellatum, cum refuſione expenſarum. Formulas huius concluſ. breuitatis ſtudio omitto, cum paſſim apud pragmaticos reperiantur; idem iudicium eſt, ſi grauamina pertineant ad materiam impertinentem, nec enim ad probandum ſunt admittenda quę iure com-
36 muni diſpoſita ſunt, quæ per ſe inutilia forent, vel † probata nihil releuarent, *Canoniſtæ ad capitul cum contingat 34 ext. de offic. delegati.* Rulandus de Commiſſarijs *lib. 2. in puncto commiſſionis cap. 19 num. 22.* vbi refert hunc modum, in cauſis appellationum quotidie obſeruari, & ſic optimo iure ſeruatur decretum Ariopagi, vbi extra cauſam quidquam dicere vetitum erat, &c. in eadem conditione ſunt grauamina, ſi in iure & non in facto conſiſtant, *tomo 1. Symph. part. 2. tit. 7 voto 6. num.* 1. quod idem obtinet depoſitionibus admittendis & probationibus, iuris diſpoſitionem tantum habentibus, *Innocentius in cap. cum inter, de conſuetudine*, vbi ait ſuper quæſtione iuris, non requiri proceſſum ordinarium, quod vt aureum commendat, *Felinus ibidem, latè tom. 2. Symphorem. part. 1. voto 4. poſt num. 5.* Ratio eſt, quia proceſſus ad hoc non eſt inuentus, ſed ad facti ſolum informationem, ideoque libellus probationem iuris continens, aut alias impertinens, vt ſi articuli non ex ipſis viſceribus cauſæ ſumpti, vel extrinſecus aliundè confecti ſint, tàm in primo quàm in ſequenti iudicio reijciendi ſunt, etiamſi in hoc, quid noui adduceretur, nam licet non deducta deducere, & non probata probare, vt infra de effectu appellationis, plenius videbimus, ſi ea tamen ſint irreleuantia, non admittuntur, niſi cauſa ſit ardua & grauis, tunc enim in dubio facilius ad probandum conceduntur, *Rulandus part 3 li. 8. de proceſſ. iudicia. interrogat. cap. 13. num. 52.* vbi hæc præiu-
37 dicijs confirmat, in † eadem cauſa eſt compenſatio, ſi in vim reconuentionis obijceretur, nam quamuis ea etiam in executione

Digitized by Google

tione rei iudicatæ, opponi poſſit, *l. cum militi 16. §. 1. ff. & l. 2. Cod de compenſat.* † quod exceptio peremptoria non infringens 38
ſententiam, aut non impugnans iudicatum, ſed tantum minuens exactionem, & modum eidem tribuens, etiam in executione obijci poſſit, per doctrinam receptam interpretum, *in l. peremptorias C. ſententiam reſcindi non poſſe, l. tamen ſi 11 ff. ad Senatus Macedonianum, l. 51 fideiuſſores 41. §. vlt ff. de fideiuſſorib. l. ex diuerſo 17. §. vlt. ff. ſoluto matrimonio*; modo liquida ſit, *l. ſi conſiſtat. 4. l. fin. ibidem Dd. Cod. de compenſationib.* alias non conſideranda, ne moratorijs ambagibus ſpes condemnationis excludatur, vt ait *d. l. fin. Cuiatius lib. 8. obſ. cap. 16.* Tamen in vim reconuentionis obiectæ, rationem non haberi exiſtimat *Maranta part. 4. diſtinct. 6. n. 24.* Et traditur *tomo 4. Symph. part. 1 voto 2 num. 8.* nam compenſationem fieri ipſo iure, vel induci permutiuam petitionem ex *l. 1. Cod Rerum amotarum.* & alijs locis deducit Cuiacius *in cap. 1. ext. de mutuis petitionibus*, quam tamen in ſecunda † inſtantia, in vim reconuentionis 39
obiectam, non admitti, plerique ſtatuunt authoritate *legis ſecundæ §. 3 verſic ei quoque &c. ff de iudiciis*, vbi qui prouocauit, non imponitur neceſſitas alijs pulſantibus reſpondere, imò eam ſimpliciter reijci in cauſa appellationis, reconuentionis videlicet, licet cum compenſatione nonnullam affinitatem habeat, aliam rationem eſſe, eam namque proponi neceſſe eſſe ante litem conteſtatam, *Dd. in auth. & conſequenter C. quomodo & quando iudex, &c.* in cauſa itaque appellationis eam opponi non poſſe, quia iudicatum, non litis conteſtationem extinguat, imò reducat cauſam, litem, ad terminos litis conteſtatæ; quare admittendum non eſſe *Codex Fabrianus lib. 8. tit. 23. definitione 2.* vbi refert in ſupremo Senatu Sabaudiæ definitum, compenſationi obijciendæ in quacunque inſtantia locum eſſe, aliud autem obtinere in reconuentione; Verum de hac quæſtione exactius *in cap. vltimo* huius Tractatus. Illud tamen conſtat, compenſatione in vim reconuentionis obiecta in cauſa appellationis illiquida, contorta, aut controuerſa, ea

Digitized by Google

reiecta in cauſa principali pronunciari, & generaliter quotieſcunque Iudex ſuperior animaduertet grauamina irreleuantia, ſuperflua &c. ijs reiectis, cauſa pro concluſa acceptanda, & pronunciandũ, † ſeind die den 2c. jüngſt einkommenen Grauamina, als vnerheblich / nicht: ſonder die Sachen / von Ampts wegen / für beſchloſſen angenommen / darauff / vnd allem vorbringen nach / zu recht erkant / 2c. id eſt, grauamina tali die &c. exhibita tanquam irreleuantia, non, ſed cauſam pro concluſa ex officio acceptamus, viſiſque actis & actitatis &c. videatur, *Gail. 1. obſ. 128. nu. 3. & Saylerus* &c. quam praxin approbatam & receptam in Camera Imperiali teſtantur deciſiones *Meichſneri, & conſule tom. 4. Symph. par. 1. votum 14. 32. 33. 34. num. 14. & votum 38. 51. num. 6. cum ſeq. & paſſim alibi.*

CAPVT II.

Qui ſibi hoc beneficium appellationis polliceri poſſint, & quibus id deferendum non ſit.

SVMMARIA.

1. *Nemini viam appellandi eſſe præcludendam, idq́ reſcripto Imperatoris declarari.*
2. *Comitiis Imperij & ordinatione Cameræ Imperialis ſancitum, neminem ab appellatione deterrendum, nec vinculis, nec minis, vel iuramento.*
3. *Querelam deferri poſſe ad ſuperiorem Iudicem, recuſante inferiore ſententiam ferre, niſi prius appellationi renuncietur.*
4. *Omnibus ſiue ſuo, ſiue alieno nomine condemnatis, liberam concedi appellationem.*
5. *Etiam excommunicato non denegandam, cum ratione ibidem adducta.*

6. In-

Digitized by Google

6. *Intereſſe, an ab ipſa ſententia excommunicationis appellatio interpoſita, an vero excommunicatio facta ſit poſt interpoſitam appellationē, & ita in Senatu Sabaudiæ definitū eſſe.*
7. *Banniti appellationem admitti, præiudicio Cameræ Imperialis confirmatur.*
8. *Bannitus antè bannum appellationem cœptam an proſequi poßit, remiſſiuè.*
9. *Quatenus appellatio domini, pro ſubditis recipiatur.*
10. *Si intereſſe immediatè & principaliter dominum non concernat, ipſum nomine ſubditorum non eſſe audiendum, idq́ præiudiciis confirmari.*
11. *Tutores, Curatores ad appellandum obligari alias teneri actione tutelæ.*
12. *Appellationem proſequi teneri Tutores ante redditas rationes, aliud autem obtinere illis redditis.*
13. *Explicata l. 2. ff. an per alium cauſæ Appellationis &c.*
14. *Procuratorem teneri ad interpoſitionem appellationis, alias obligari domino actione mandati.*
15. *Si tamen ratio litigandi non ſit, ſuperuacaneam litem inſtituere non debere.*
16. *Dominus aliundè ſi reſciuerit procuratorem ſuccubuiſſe, an nomine non interpoſitæ appellationis à Procuratore, obligabitur domino?*
17. *Cauſam dubitandi præbere capitulum 14. non iniuſtè extr. de Procuratorib.*
18. *Certum certiorandum non eſſe.*
19. *Reſolutio quæſtionis ſuprà poſita.*
20. *Explicatum capit. eum qui de R. I. in 6.*
21. *Procuratorem interpoſitam appellationem proſequi non teneri.*
22. *Tertium appellare poſſe, etiamſi liti non adfuerit, neq́ condemnatus ſit, modò interſit, vt ſi ſententia lata, ipſi præiudicium inferat.*
23. *Conſultius tamen eſſe ſecundum quoſdam, vt nedum appellatione interpoſita petatur à iudice declaratio ſententiæ, an ſibi præiudicatum velit.*

24. Clau-

Digitized by Google

24. *Clauſulam, appellatione remota, tertio non nocere. ſed reconuenienti, cum ratione diuerſitatis ibidem adducta.*

25. *Ex quo colligi poßit intereſſe tertij.*

26. *Explicatus §.1. ſed ſi alius in fine, leg. 2. ff quando appellandū.*

27. *Quemuis appellare poſſe, pro eo qui ducitur ad ſupplicium.*

28. *Humanitatis ratione ſuggerente, quendam extraneum docentem innocentiam banniti, auditum fuiſſe.*

29. *Intuitu pietatis, patris, aut matris pro filio, aut è contrà, admiſſam eſſe appellationem.*

30. *Difficultates quædam motæ contrà ſupra allegata, reſoluuntur.*

31. *Intereſſe inter tertium principaliter appellantem, & alterius appellationi inhærentem.*

32. *Declaratum qua ratione, tertio appellatiò neceſſaria ſit, & nu. 33. 34 35.*

36. *L. ſæpè 63. ff. de re iudicata declarata.*

37. *Intellectus l. ſi ſeruus plurium. 50. ff. de legatis 1. eiuſdemq; l. antiquam lectionem retinendam eſſe.*

38. *Si legatarij conquerantur in ipſorum necem, per colluſionem actum, an ipſo iure tuti ſint, an verò neceſſe habeant appellare?*

39. *Sententiam latam, contrà hæredem ſcriptum per iniuriam iudicis, non nocere legatariis, neq; victorem tueri ſe poſſe exceptione rei iudicatæ, & declarata l. ſi ſuperatus 3. ff. de pignoribus, &c.*

40. *Tertium appellationem interponere, & eam proſequi poſſe, licet partes renuncient appellationi, aut tranſigant.*

41. *An diſtinctio inter tertium principaliter appellantem, & tertium aßiſtentem & defendentem, &c ſubſiſtat.*

42. *Pluribus condemnatis, an vnius appellatio aliis non appellantibus proſit?*

43. *§. 1. & 2. leg. 3. ſcio ff. hoc tit declaratus.*

44. *Comitiis Imperij definitum, omnium appellatorum nomina, ſupplici libello inſerenda eſſe.*

45. Vnam

Digitized by Google

45. *Vnam eandemq́ cauſam, cuius indiuidua ſit defenſio efficere, vt vnius interpoſita appellatio, aliis non appellantibus proſit, neq́ requiri, vt hi, eidem adhærere teneantur.*

46. *Appellatione vnius iuſta aut iniuſta pronunciata, communem cauſam habentibus prodeſſe vel obeſſe.*

47. *An victoria proſequentis appellationem, non proſequentibus proficiat.*

48. *Declarata l. fin. C. ſi ex pluribus &c.*

49. *Seruos appellare non poſſe, & explicata l. 15. ſerui. ff. hoc tit.*

50. *Renunciantes prouocationibus, appellare non poſſe.*

51. *An renuncians, cauſam per modum ſupplicationis, ad ſuperiorem deducere poſſit.*

52. *L. vlt. C. vt lite pendente &c. declaratur.*

53. *Differre recurſum ad ſuperiorem, qui & reuiſio dicitur, à ſupplicatione, neq́ hæc confundenda eſſe.*

54. *Arbitrio procuratoris commiſſum, vt appellet, aut acceptet ſententiam, huius renunciatio appellationis nullius momenti, non ſubſecuta ratificatione.*

55. *Quando cenſeatur renuntiatum appellationi.*

56 *Capit, ſæpè ext hoc tit. declaratum.*

57. *Veri contumacis appellationem non recipi, & de variis contumaciæ ſpeciebus.*

58. *Quis cenſeatur verus contumax, & de intellectu leg. 2. ceſſante, C. quomodo & quando iudex &c.*

59. *Fruſtratoris ſeu contumacis amici pro ipſo appellationē non recipi & declarata l. 31. liberto § 2. litem ff. de negotiis geſtis.*

60. *Nec tertij appellationem pro ſuo intereſſe, à ſententia contrà contumacem lata, eidem prodeſſe.*

61. *Quæ requirantur, vt quis poſſit dici contumax & num. 64.*

62. *Requiſita citationis quænam ſint.*

63. *Executionem citationis die feriato fieri poſſe.*

65. *L. 7 & poſt edictum ff de iudiciis declarata.*

66. *Hodie ſuperueniente die iudicij, non continuò quem declarari contumacem.*

67. *Iuſta cauſa impeditus, culpam contumaciæ non contrahit.*

68. *Variæ cauſæ recenſentur, quæ quem defendunt à pœna contumaciæ.*

69. *An iuſta cauſa ſit, ſi quis alleget ſe ab incompetente iudice citatum?*

70. *Communis Doctor: diſtinctio, in hac quæſt. eaq; confirmata & num. 73.*

71. *Intellectus leg. vltim. ff. de iuriſd. iudic. ſecundum Duarenum.*

72. *L. non videtur 3 ff. de iudiciis, cum l. ſi quis ex aliena ff. eod. & l. 53. contumacia § fin ff. de re iudicata, explicata.*

74. *Verum contumacem, priuilegium fori allegare non poſſe, & ita ſæpius in Senatu Sabaudiæ obſeruatum fuiſſe.*

75. *Contumacem nec ad audiendum ſententiam, Taxationem expenſarum & liquidationem fructuum citandum eſſe.*

76. *Contumaci beneficium ſupplicationis denegandum.*

77. *Variæ pœnæ in contumaces conſtitutæ recenſentur, & num 78. 79.*

80. *In actione reali an ſtatim quis efficiatur poſſeſſor.*

81. *Leges & argumenta pro affirmatiua.*

82. *Contrarium tamen ſolidioribus argumentis ſubnixum eſſe.*

83. *An in actione tam reali, quàm perſonali, ſecundùm decretum interponi neceſſe ſit?*

84. *Si reus fuerit dominus, an poſſeſſor ſtatim acquirat dominiũ?*

85. *Intellectus Legis contumacia, ff. de re iudic ſecundum Duarenum.*

86. *Alia interpretatio ſecundum Petrum Gilkenium.*

87. *Citatum ad domum, fictum cenſeri contumacem.*

88. *Citationem per edictum factam, præſumi perueniſſe ad citati notitiam.*

89. *Qui cenſeantur ficti contumaces.*

90. *An fictus dici poßit contumax, cuius Procurator in culpa contumaciæ ſit.*

91. *Fictos contumaces à tempore ſcientiæ, intra decendium prouocare poſſe.*

92. In-

92. *Indignus eſt auxilio legum, qui dum leges inuocat, contra eas commiſit, cuius rei elegans exemplum refertur ex Liuio.*

93. *Quid ſint Vindiciæ.*

94. *Varij intellectus, ad l. vnicam, C. vti poßidetis.*

95. *Appellans non auditur, qui ideò agere cauſam fruſtratur, quod dicat ſe libellum Principi dediſſe, & ſacrum reſcriptum exſpectare, & quid de iure canonico obtineat.*

96. *Qui excludantur à beneficio appellationis, & in primis ſponte confeßi & conuicti, & quomodo id intelligendum.*

97. *Confeßioni extortæ, fidem accommodari rem eſſe fragilem, & periculoſam idq; exemplis declaratur.*

98. *Doctrinam Baldi, non ſubſiſtere exiſtimantis conuictum torqueri poſſe, ne appellet.*

99. *Intellectus l. 2. C. quorum Appellation. &c. & an ſola confeßio ſufficiens ſit, ad excluſionem appellationis?*

100. *Moribus receptum eſſe confeſſos ſiue ſponte, ſiue metu tormentorum, appellantes in cauſa criminali non audiri.*

101. *Tutoris appellationẽ à nominatione nõ recipi, ſed à propoſita & reiecta excuſatione, & ita in Senatu Sabaudiæ definitũ fuiſſe.*

102. *Aliud autem obtinere in Syndicis, & aliis ad aliquod munus vel honorem vocatis.*

103. *Læſæ Maieſtatis damnatus, an appellare poßit, cum declaratione l. 16. conſtitutiones, ff. hoc tit.*

104. *A notorio crimine. & manifeſto, improbari appellationem, & quomodo id exaudiendum.*

105. *Ab exactione contributionum ſacri Romani Imperij, non appellari, ex conſtitutionibus Imperij.*

OMnibus prouocationem eſſe conceſſam, †nemini viam appellandi præcludendam, colligere eſt *ex c. 3. omnis ca. ideo 2. q. 6.* ibi cuncti ſciant ab iniurijs, & ſuſpectis Iudicibus, & in capitali ſupplicio, fortunarũq; diſpẽdio prouocationem eſſe cõceſſam, dicũt Imperatores Arcadius, & Honorius; Huc pertinet elegãs reſcriptum Imp. *in l. 25. Imperator. ff. hoc tit.* ibi, appellare qualiter quis prohibeatur à iudicantibus non 1

video &c. iniuria autem, & vi vti aduerſus eos, qui appellant, & cuſtodia militari circumſiſtere, & (vt ſimpliciter dicam,) obſtruere, illis eam ad nos viam interdicimus Curatoribus & Ducibus gentium, & obediant huic meæ pronunciationi ſcientes &c. *& capitulum, 2. appellantem. 2. q 6.* & Valeria lex, eum qui prouocaſſet, virgis cædi, ſecurique necari vetuit, & ſi quis aduerſus ea feciſſet, nihil vltra quàm improbè factum ad-
2 iecit. *Liuius lib. 1. decad. 1. fol. 687.* Hinc † *Comitiis Imperij Anno* 1532. *habitis*, §. Nach dem auch etliche / *&c. fol. mihi* 232. *& ordinatione Cam. Imp. par. 2. tit. 28.* §. Dieweil/ *&c.* Sancitum neminem ab hoc communi appellationis beneficio deterrendum, nec vinculis, nec minis, neque iuramento; quod ſi contra factum, procurator Fiſci, pro intereſſe &c. ex officio ſe interponit, *vide in hanc rem, pulchram ſupplicat. tom. 2. Symph. par. 3. tit.* 18. *ſupplicatione* 7. ibi pro mandato pœnali, adeò vt
3 Iudice † recuſante, ferre ſententiam, niſi prius renunciatum ſit
4 appellationi, ſuperior adiri poterit: Omnibus † itaque condemnatis, libera conceditur appellatio, ſiue ſuo ſiue alieno nomine: *l. 24. negotiorum. l. 27. tutor. l. 17. cum in vna* §. *fin. ff. hoc tit.* Dico condemnatis, quia regulariter alij, quam qui egit, non competit appellatio *l. 1. ff de Appellationibus recip. ca. non ſolent, 2. q. 6* niſi à grauamine vel iniuſta ſententia ſit interpoſita appellatio. *Text. in cap. 38. cum in Eccleſia, ext hoc tit. l. 7. hi qui C. eod. aut interſit, cap. 16. cum inter ext. de electione.*

5 Verum quæſtionis eſt, an excommunicato † indulgenda ſit; Et ei non denegandam, *conſtat ex cap. cum inter 5. cap. 11 ſignificauerunt. cap. vlt. extr. de except. ibidem Canoniſtæ*; Ratio redditur *in textu, d. cap.* 11. cum omnis defenſio legitima (qualem in ſuo genere ſuprà oſtenſum eſt appellationem eſſe) excommunicato in iudicio reſeruetur, non quidem fauore eius, non enim illi iura fauent, ſed iuris naturalis id exigente ratione, & humanitate ſuggerente: nec refert, quod in appellatione exequenda, excommunicatus agat prior. *leg. qui appellat. ff. de iudiciis*, & actionem vel accuſationem inſtituere eidem non

conce-

concedatur, *Canoniſtæ in cap. 7. ext. de iudiciis, & cap.* 10. *dilectæ ext de exception.* tamen auxilium defenſionis conceditur *d. ca.* 10. *& cap. 7 intelleximus, ext. de iudiciis,* hinc *in l.* 3. *cum minor* §. *falſus ff rem ratam haberi* commune auxilium, appellatio vocatur, & *in l. 6 non tantum ff. hoc tit.* humanitatis ratione omnem prouocantē audire debere, *dicit I C. Vlp.* Nec his aduerſatur, *ca. paſtoralis* 53. §. *fin. ext. hoc tit.* vbi videtur excommunicato communicato commune denegari auxilium damnatorum, etenim procliuis erit expediendæ difficultatis ratio, ſic *cap. dilecti* 52 *cap.* 55. *dilectis, capit.* 16. *ad præſentiam, cap. ad hæc* 37. *extr. hoc tit. cap per tuas ext. & cap.* 20. *is cui, de ſententia excommunicationis in ſexto.* Conſideremus, vt ab ipſa † ſententia excom- 6
municationis in efficax dicatur appellatio, at interpoſita appellatio ab excommunicato, ab alia ſententia, vel poſt appellationem, recipiatur *Canoniſtæ recitatis locis, & Cuiacius in cap* 5. *cum inter extr. de except. & ita in Senatu Sabaudiæ definitum refert Codex Fabrianus libr.* 1. *titul.* 2. *def.* 94. videlicet ſententiam excommunicationis trahere ſecum ſuam executionem, licet ab ea appellatum ſit, niſi facta excommunicatio, poſt interpoſitam appellationem.

Superiori quæſtioni ſequens affinis eſt, quod in perſona
† banniti ſtatuendum, & humanius eſt, & ipſi indulgendum, 7
cum is comparetur excommunicato, *gloſ. in* § *minor, inſt. de capitis diminutione*, nec poterit congrua diuerſitatis ratio aſſignari, quare huic, non illi concedenda, licet enim bannitus æquiparetur relegatis, qui pro mortuis habeantur, *l.* 1. §. 18 *filium ff. de bonor. poſſeſſ. contrà tabulas. Gail. lib.* 2. *de pace publica cap.* 1. *num.* 19. & nullus ei debita reddere, nullus in iudicio reſpondere teneatur, *vt ait capit* 5 *Fœlicis, circà princ de pœnis, in ſexto. ordinat part.* 2. *tit.* 9. §. 2. tamen defenſio concedenda, quę nemini deneganda. *l. vnius* 8. § 9. *cogniturum ff. de quæſt.* & ſic quēdam bannitum in Camera ſe defendiſſe per procuratorem *teſtatur author præiudiciorum Cameral. in verbo banniti, Gail. lib.* 2. *de pace publica cap.* 12. *num.* 18. *vbi refert ita in Camer. Imp.*

obſeruari. receptæ autem cuiuſdam banniti appellationis de-
cretum, *refert idem author præiudiciorum Cameralium, in verbo ap-*
8 *pellans & appellatus, fol.* 17. An autem † bannitus antè bannum, appellationem aut actionem inchoatam proſequi poſſit, *videatur c. vlt. venerabilem, ext. de except. l. ſi qui reus* 5. *§. 2 inchoatas ff. de publicis iudiciis, Gail. lib. 2. de pace publica cap. 12. Tilmannus de Benignis tit. pract. obſ. obſ.* 21. *& Pentecoſte* 2. *obſ.* 48. Dictum eſt ſuprà non ſolum ſuo, ſed etiam alieno nomine quem appellationem interponere poſſe, in ea cauſa ſunt domini pro ſubditis, *Canoniſtæ in cap. dilectis* 55 *ext. hoc tit.* latè *Gail. lib.* 1. *obſ.* 125. quilibet enim dominus ſubditis ſuis, loco tutoris eſt, ſi ta-
9 men narretur, † quem eſſe ſubditorum Oberſter Schirmherr / id eſt, protectorem ſupremum, pro his tanquam ſubditis nec domini appellatio, nec ſupplicatio admittitur, ita notatum refert, *Rulantus part* 3. *lib.* 2. *de interrog iurium incorpora-*
10 *lium c.* 3. *n.* 13. idem obtinet, † ſi domini interſit mediatè & minus principaliter, nam vt domini appellatio pro ſubdito admittatur, requiritur quod actio domino competat, & intereſſe immediatè & principaliter dominum concernat, in cuius rei probationem allegatur, *ca.* 4. *authoritate, de priuilegiis in ſexto. Græuens ad Gail. lib.* 1. *concl* 125 *n.* 4. *&* 7. vbi hoc authoritatibus, & præiudicijs confirmat. Secundo alieno nomine appellat, maritus pro vxore *l. maritus* 21. *vbi communiter Dd. Cod. de Procurator:* cum diſtinctione tamen bonorum, de qua *in l. fin. C. de pactis conuentis ſuper dote &c. Mynſing. cent.* 3. *obſ* 53. *Gail. lib.* 1. *obſ* 133. Tertio, alieno nomine prouocant Tutores, curatores, *d l* 27. *tutor l.* 1. *§. tutores* 13 *ff. quando appellandum &c.* Ad quod tenentur *l. ſi bonam* 11. *C. de admin. Tutor.* alias actione
11 † tutelæ, tutor omne damnum ſarcire tenetur, ſi quod acciderit, ob non interpoſitam appellationē, vnde è re ipſorum erit, probare, ſe conſultum à peritioribus ab interponenda appellatione reuocatum fuiſſe, huic enim nihil imputari poterit, *per notata ad l 6 ignotū, C. de admin tut.* porrò nedum appellare, ſed etiam interpoſitam appellationē proſequi, & ipſorū hæredes,

antè

ante redditas rationes neceſſe habent, *d.l tutor* 27. nam redditis rationibus aliud obtinet, vt declaratur reſcripto Imperatorũ, de quo *in l.1.§.fin.tutor ff. ſi pendẽte appellatione mors interuenerit.* Maiori tamẽ facto adoleſcenti, ſi velit cauſas appellationis reddere licebit, *l.vlt. creditor §. vlt ſubſtituti, in fin. l.28. negotiorum §.vlt. Curatori ff. hoc tit. l. 10. ſi actor, C. hoc tit.* Ex his † conſtat intellectus *l 2. ſi procurator ff. an per alium cauſæ*, &c. in verbis, ſed an eo ceſſante dominus litis reſpõdere poſſit exemplo adoleſcẽtis &c. id eſt, an dominus poſſit reſpondere, ſeu cauſas exequi appellationis, ceſſante procuratore, ſicuti adoleſcẽs; cauſa dubitãdi colligi poterit *ex d.l fin. creditor §. fin ff hoc tit* illos debere cauſas appellationum reddere, qui primi experti ſunt. Quartò, alieno † nomine appellat Procurator, *l. 4. ab executore § ſi procurator fin. ff hoc tit. l.9 dominus C eod. cap interpoſita 70. §.1 eidem, ext. eod. ad quod tenetur, l. inuitus, vbi communiter Dd. C de Procurat cap. non iniuſtè* 14. *ibidem Canoniſtæ ext. eod* alias (niſi ad vnũ actum ſit conſtitutus *Dd per l. maritus 21 in fin C. eodem.*) teneretur actione mandati, *l 8. ſi procuratorem §.8. quod &, verſic igitur ſi ff. mandati*, idem iudicium eſt de negotiorum geſtore, *l. liberto 31. §. 2. litem verſic. cæterum ſi amicus &c ff. de negotiis geſtis.* Si † tamen ratio litigandi non ſit, ſuperuacaneam litem inſtituere non debent, non enim prohibentur bonam fidẽ agnoſcere, vt in Tutoris perſona ſtatutum eſt, *l. ſi bonam* 11 *C & l. quoties 9. §. 6. nec vtique ff. de admin. tut.* Conſultius tamen eſt, vt appellationem, vel teſtationem interponant, aut probent ſe conſilio peritiorum non appellaſſe, alias facilè dominorum intentio eludi poſſet, cum præſumatur pro ſententia, *iuribus vulgatis.* 13 14 15

Verum hîc occurrit quæſtio. Si dominus † aliundè reſciuerit, procuratorem ſuccubuiſſe, & ab eodem prouocatum non ſit, an huius rei nomine obligabitur domino? Ratio † dubitandi, colligitur *ex cap. non iniuſtè* 14. *ext. de procur.* quo cauetur domino conteſtandũ, id eſt denunciandum, *leg. ſubſignatum 39. §. deteſtari. 2 cum l. ſeq deteſtatio ff de verb. ſignific.* vt appellet ſi ſciat quid opus erit denunciatione, cum certus † certiorandus 16 17 18

non

non ſit, *l. 1. in fine ff. de actionib. empti. cap. eum qui, 31. de reg. iur.*
in 6. & argumento l. ita autem, 5. §. vlt. ex quo ff. de admin. tutor.
& l. item veniunt 20. §. 11. petitam verſic. quid ergo ſi ſcit &c. ff.
de hæreditatis petitione, & argumento eorum quæ dicuntur, de non
citanda parte, quæ præſens ſit, l. 29. etiamſi patre §. 2. ſi hæreditate
ff. de minoribus. Mynſing. cent. 6. obſ. 6. num. 8. Duarenus in l. de
vnoquoq; 47. ff. de re iudic. Quare inferendum videtur, ſi domi-
nus citrà teſtationem cognouerit victum Procuratorem, peri-
culum ad dominum pertinere.

19 Contrarium † tamen defendunt Canoniſtæ, in d. cap. non
iniuſtè 14. Cum enim Procurator teneatur appellare, ſcienti
Domino nihil imputari poſſe, in ſuperioribus autem locis,
20 ſufficiat ſcientiam interueniſſe, nam ex communi † Dd. iudi-
cio, tunc demum *d. cap. eum qui* &c. locum eſſe, ſi denunciatio
vel certioratio non ad alium finem fiat, niſi vt aliquis ſciat,
quod putatur ignorare, quod ſi autem certioratio fiat, aut fieri
debeat, non vt aliquis ſciat, ſed vt quid fieri debeat, & ſic ad
alium actum quam ſcientiæ, tunc alia certioratione opus eſ-
ſe, *l. 17. denunciaſſe ff. de adulteriis*, in hanc rem adduci pote-
runt tradita de emptore, qui litem contrà ſe motam, authori
ſuo etiam ſcienti denunciare teneatur. *l ſi ideò 55. §. fin. l. 56. ſi*
dictum §. ſi præſente 4. ff. de Euictionibus, Duarenus & Interpretes
l. 8 Cod. eod. in præſenti autem caſu domino conteſtandum,
vt appellet, teſtatò inquam dominus conueniendus *d. cap non*
iniuſtè, 14. *d. l. 8. verſic. ſed ſi teſtatò ff. mandati.* aut procuratori
incumbit neceſſitas prouocandi, neque domino ſcienti ſen-
tentiam contrà ſe latam, neque appellanti quidquam impu-
tari poſſit, cum iuſta ratione ductus ſibi perſuadere poſſit,
21 procuratorem ſuo officio functum. Interpoſitam † autem
appellationem proſequi non tenetur, *d cap* 14. *vbi Canoniſtæ*
d. l. inuitus ibidem gloſ. in verbo extendere, & Dd l ſi actor 10. *C.*
hoc tit. Gail. lib. 1. obſ. 139. num. 11. vbi ex Dd. opinione, diſtin-
guit ſententiam definitiuam ab interlocutoria, quia appella-
tionis cauſa diuerſa ſit à principali, nec mandata ad vnam cau-
ſam

ſam conceſſa,ad aliam extendi &c. Porrò †& tertij appellatio- 22
nem recipi, conſtat (excepto caſu *capituli 11. vt officium § compeſcendi verſic. deniq́, de hæreticis, in ſexto.*) etiamſi liti non adfuerit, modo ipſius interſit, *l. 5. à ſententia l ſi perluſorio 14. l 4. ab executore § 2. alio ff hoc tit. l. 2. ſi procuratorio § ſed ſi alius 1 ff quando appellandum, cap. cum inter 16. ext. de elect. cap. cum ſuper 17. ext. de re iudic. cap. ſuper eo de offic. deleg. cap. vlt. § fin. vt lite pendente &c. in ſexto. C. Fabrianus lib. 7 titul. 25. definit. 2. cum ſeq.* vbi exempla huius rei referuntur, conſultius † tamen quidam 23
eſſe putant, vt ante appellationem petatur à iudice declaratio ſententiæ, in ſibi præiudicatum velit, *Mindanus lib. 3. de continentia cauſæ, c. 9. n. 36* Superius autem dictum eo producitur, vt appellatio † tertij reijcienda non ſit, etiam commiſſa cauſa, 24
vulgari clauſula, remota appellatione, *cap. ſuper eo. 15. ext. de offic. delegati.* aliud tamen probetur in recõueniente, *cap. 2. ext. de mutuis petition.* vt vtriuſq; partis ius, conditioq; ſit eadem: Et quamuis *Couar. pract. quæſt c. 15. n. 5 in fine ex d. ca. ſuper eo &c.* hoc ſibi probari non poſſe exiſtimet, ſi tertio ſententia noceat, ex natura cauſę aut ratione ſcientiæ, tamẽ cũ Text. generaliter cõceptus ſit, vulgarẽ illam clauſulam, vim tantũ obtinere inter partes, inter quas cõmiſſa cauſa ſit, & intẽtio Principis non videatur reſcriptis tertio præiudiciũ inferre, *latè Gail. lib. 1. obſ. 70.* reſcriptaq; ſtricti iuris cẽſeantur, ideoq; ad perſonas in eo non expreſſas nõ extendantur, cõmunis Dd expoſitio retinenda videtur. Vt autẽ tertius appellans audiatur, neceſſe habet de ſuo intereſſe docere *d. l à ſentẽtia, ibi, niſi ex iuſta cauſa ff hoc tit.* quod colligitur ex eo, † ſi ius tertiæ perſonæ ide ſit cum iure deducto 25
per principalem, *l. 19 generaliter, ibidem Dd. C de liberali cauſa,* videantur *Canon. ad cap. quamuis 28. ext de ſententia & de re iudic. Gail. lib. 1. obſ 69* Nec ſuperioribus obſtant verba *leg. 2 ſi procuratorio § 1. ſed ſi alius ff quando appellandum, ibi,* quia in aliena cauſa ei qui iudicio expertus non eſt, appellare non liceat, ſententia † .n. § *eſt.* non quod appellatio tertio cuius intereſt, 26
recipienda non ſit, *l. 1. ff. de appellat. recipiendis. l. ab executore 4.*

§ 2. *alio. ff. hoc tit. cum ſimilib:* ſed quod hic tertius tertia die, appellans audiendus non ſit, quia verum, eum ſuam cauſam deſendere, *d. l. 2. §. vlt.* etſi velit, alienam cauſam videri, ſeipſum excludit, cum in aliena cauſa ei, qui iudicio expertus non eſt, neque intereſt, appellare non liceat, *l. 1. ff. de appell recip.* Exempla autem eorum, quorum intereſt, extant *in d. l 4 §. alio 2 l à ſententia 5. l. 14. ſi perluſorio ff. hoc tit c. 17. cum ſuper extr. de re iudic.* & eleganter traditur *in leg non tantum, 6. ff. hoc titul.*
27 quemuis † appellare poſſe, pro eo, qui ducitur ad ſupplicium, etiamſi damnatus ipſe acquieſcat ſententiæ, tamen differendum eſſe ſupplicium, *quibus iungatur l. addictos, 29. C hoc tit, & l. addictos. 6. C. de Epiſcopali audientia, l. 2. §. fin. ff quando appellandum*, quaſi omnibus interſit innocentes defendi, & hominem hominis beneficio affici *lege ſeruus 7 ff. de ſeruis exportandis.*
28 Hac eadem † humanitatis ratione ſuggerente, quidam extraneus docens innocentiam cuiuſdam banniti, auditus fuit, *vt refert Rulantus part. 3 lib. 8 cap. 13 nu. 28* Eodem intuitu pietatis, matris, aut patris pro filio, aut ècontrà, vxoris pro marito, appellatio recipitur, *l. 2. ſi procuratoris, §. ſi is. 2. ff. quando appellandum. l. 1. §. 1. ff. de appellat recipiendis. l. 3.*
29 *ff. de liberali cauſa*, & ita † filij appellationem pro Patre admiſſam *refert Mindanus lib 3. de continentia cauſæ cap. 8 num. 19 ex Papone, de Arreſtis, lib. 19. num. 7.* Occurrenti autem, qua ratione liceat alteri, pro condemnato crimine capitali, prouocare *d. l. 6. C. de epiſcop. audientia, & l. 29. C. hoc tit.* cum interpoſita appellatio, nedum ipſam appellationem, ſed etiam negotium cauſæ principalis deuoluat, *vti infrà cap. vlt.* latius patebit, & in cauſa criminali nullus interuenire poſſit, neque ad defendendum, *l. accuſatore 13. §. 1. ff. de publicis iudiciis, cap. 39. ſi autem, §. fin. cum autem, cum cap ſi quando 40. 2. q 6 de qua re Cuiacius lib. 20. ca. 20 Robertus lib ſententiarum 2 cap. 3. Vulteius, diſcept cap. 11. Gail. lib. 1. de pace pub cap. 10. Treutlerus par.*
30 *2. diſp. 26. th. 3. in fin.* Reſpondendum † eſt, intereſſe inter prouocantem alterius nomine, in cauſa criminali, & quem

defen-

Digitized by Google

defendere, procuratorio nomine, nam cauſa appellationis non per appellantem agi poterit, aut reddi, ſed poſt prouocationem, ipſe damnatus adeſſe auditorio debet, *vt ait l. 1. ff. an per alium cauſæ Appellat. &c.* generaliter enim, quæ cauſa per alium agi non poteſt, eius nec appellatio per alium agi oportet. Animaduertendum † autem, an tertius pro intereſſe adhærere alterius appellationi, an verò principaliter prouocare velit, hic enim non ſolum intrà decendium appellare, ſed nuncupatim cauſas appellationis exprimere debet, de qua re *Gail. lib. 1. obſ. 70. & 122. Rulantus par. 3. lib. 8 de proceſſ. iudic. interrog. ca. 8 per totum, tom. 1. Symph. par. 3. voto 15. num. 6. 11. cum ſeq.* Verum inſtabit hic aliquis, appellationem tertij ſuperuacuam eſſe, cum ſententia inter partes lata, tertio non præiudicet *l. ſæpe 63. ff. de re iudic. l. 16. Claudius, in fin. ff. qui potiores in pignore &c. l qui fundum 31. ff. de vſufructu legato tot. tit. C. Res inter alios &c.* isque ſine appellatione tutus ſit *l. à ſententia 5. ff hoc tit.* ideoque ſine præiudicio rerum iudicat. agere poſſit vt ait *l. 1. C. quibus res iudicata &c. vti in ſpecie propoſita C. Fabrian. tit. 14. lib 4 defin. 53.* Huic reſpondendum, † appellationem tertij quandoque neceſſariam eſſe, cum ſententia ipſi nocet, ex natura, & cauſa rei, & ius facit, quandoque vtilem, cum tertio nocet, quoad præſumptionem, aut tertio executio ſententiæ inferret præiudicium. De primo membro eſt *text. in l Papin §. penult. ſi ex cauſa l. 17. qui repudiantis 17 §. vlt. ff de inofficioſ. Teſtam. l 3. ſi ſuperatus. de pignoribus &c.* Ex quibus colligitur, ſententiam latam contra hæredem legatarijs nocere, ratio, *in d. l. 3. ſi ſuperatus l aliud exemplum in l. 1. §. planè vlt. cum l ſeq. ff de agnoſcendis & alendis liberis &c.* In ſumma, † ſententia lata cum legitimo contradictore, & eo, qui primas & potiores habet defendendi partes, nocet omnibus his, qui à iure victi & condemnati, ius proprium deducere conantur, ſiue *vt tex. loquitur in d. l ſæpè.* nocet ei, cum quis de ea re cuius actio vel defenſio primum ſibi competit, ſequentem agere patitur, quare ſi quis patiatur eum ex cuius perſona cau-

31 32 33

ſam habet, agere vel defendere, ſibi præiudicat, *cap. penult. ext. de re iudic.* quia *vt ait d. l. ſæpe.* ex voluntate eius de iure quod ex perſona agentis habuit, iudicatum eſt. Vnde dicitur, talem ſententiam facere ius, *d. l. qui repudiantis* §. *vltim. leg. tertia ſiue contrà ff. de agnoſcendis liberis.* De ſecundo membro,
34 † quod videlicet ſententia nocet, quoad præſumptionem *videantur l. ſi duo patroni, iuncta gloſ. ibidemq́; Bart. & Dd. ff. de iureiuran.* & Canon. *in d. cap penult.* & de hac præſumptione ſeu de præiudicata opinione, intelligendus eſt *tex. in l. à ſententia. ff. hoc tit.* ad euitandam contrarietatem *ex d. l. ſæpè &c.* de vlti-
35 mo, *videantur notata* † *in cap. cum ſuper. ext. de re iudic. cap. veniens* 38. *extr. de teſtib. Couarruuias pract. quæſt. cap* 13 *&* 15. *in princ.* quandoquidem igitur ex propria natura, & vi cauſæ, ſententia nocet tertio, ab eo appellatio interponenda, vti de legatarijs oſtenſum eſt, quibus etiam ignorantibus ſententia
36 nocet, nec obſtant quæ traduntur † *in d. l. ſæpè.* Diſtinguedam ſcientiam ab ignorantia, quia obtinent in eo, cui primo loco, & non litiganti, competit actio, aliud eſt in tertio, quem non tangit principaliter negotium, ſed tantum per conſequens, tunc enim ſententia ius facit, vt Plinius explicat. *Couarr. d. cap.* 13. *n* 3 *in fin.* Quare cum in ea cauſa ſint legatarij, vt ijs ſententia regulariter noceat, *d. l.* 3. *ſi ſuperatus ff. de pignoribus &c.* nedum liti adeſſe, ſed etiam appellare permittitur, *l. ſi ſuſpecta* 29. *ff. de inofficioſo teſtam. l. à ſententia* 5. *l.* 14. *ſi perluſorio ff. hoc titul.* dixi, regulariter, propter caſus exceptos, *in l. qui repudiantis* 17. §. *vltim. ff. de inoffic. teſtamen. d. l* 5 *à ſententia* §. 1. *ſi hæres d. l.* 14. §. 1. *quotiens*, *& l. ſi ſeruus plurium* 50. §. *ſi hæres ff. de lega-*
37 *tis* 1. vbi † à I. C. tres caſus excipiuntur, primus eſt, ſi contrà non agentem cauſam, vel abſentem hæredem ſit pronunciatum, tunc potius ex contumacia abſens, quam ex iure & iuſtitia, cenſetur damnatus, *l.* 27 *diui fratres.* §. 1. *ff. de liberali cauſa.* Secundus ſi luſoriè ſit actum, aut deniq; ſi per iniuriam iudicis ſit pronunciatum, quod vltimum *diſplicet Cuiatio. lib.* 2. *obſ. cap.* 7. *& lib.* 16. *cap.* 32. Adſtipulari videtur, argumẽtatio

I. C.

Digitized by Google

I. C. *in d. §. ſi hæres*, nam verſiculus (ſi tamen ſecundum ſubſtitutum pronunciet &c.) eò pertinet, vt differentiam præcedentium conſtituat, adiuncta hac conſideratione, quod hæc verba (ſi tamen) important quandam diſtinctionem quare intentio I. C. videatur, differentiam conſtituere, inter inſtitutum & ſubſtitutum, hicq; audiendus non ſit, allegans ſecundum ſe iudicatum per gratiã. Verum, cum ratio; I. C. *in d. §. 1. ſi hæres*, & alia reſponſa, videlicet *l. ſi per imprudentiam, 51. & l. exceptione, 67. ff. de fideiuſſoribus &c.* arguant, æquius eſſe iniuriam factam à iudice, ad alium non transferri, coniecturæq; Cuiacii ſatisfaciat, *Robertus lib. 2. receptæ iuris ciuilis lectionis, c. 13.* antiqua lectio retinenda erit, treſq; caſus exceptos eſſe a regula generali *leg.* 8. *§. ſi ex cauſa penult. ff. de inoffic. teſt. iuncta l. 3. ſi ſuperatus ff. de pignoribus* &c. quod apertè conuincit *l. 29. ſtatuliberi §. Quintus Mucius 1. ff. de ſtatuliberis.* vbi conſtat, ſi iniuria iudicis victus ſit hæres ſcriptus ex teſtamento, hanc victoriam legitimi hæredis per iniuriam obtentam libertati non nocere.

An autem † legatarij, ipſo iure tuti ſint? & quibuſdam viſum eſt, ſupradictos tres caſus, pari reſponſo a I. C. *in d. §. 1. ſi hæres* definiri, adeoque nihil præiudicij inferri, legatarijs ipſo iure, abſque vlla neceſſitate appellante, his accedat *l. ſi perluſorio §. quotiens ff. hoc titul.* vbi idem Vlpian. refert, Hærede non reſpondente ſecundum aduerſarium ſententia datur, nihil nocere neque legatis neque libertatibus &c. Saluas inquit eſſe actiones, & aduerſus eum, qui vicit, permittitur agere, nulla mentione facta appellationis interponendæ, quod ipſum *colligitur ex l. qui repudiantis 17. §. vlt. ff. de inoffic. teſtamen.* Quare dicendum videtur legatarios ipſo iure tutos. Porrò differentiam conſtituendam eſſe, inter abſentiam hæredis & colluſionem, vt illic ipſo iure tuti ſint, hic autem opus ſit appellatione, *inferri videtur ex recitatis legibus*, & *leg. quinta. à ſententia §. ſi hæres, & leg. ſi perluſorio ff. hoc titul.* vbi cauetur, ſi legatarij querantur, in necem eorum actum, per colluſionem permittendam eſſe appellationem, *& ex d. l. 29.* 38

Digitized by Google

ſi ſuſpecta & d. §. quotiens, ſi abſente hærede ſcripto pronunciatum ſit, id non habere rei authoritatem iudicatæ, perindè eſſe, ac ſi nihil iudicatum ſit, ſatis conſtare videtur, qua ratione vtroque caſu legatarijs conſultum ſit, & quid iuris vtrobique obtineat; verum, cum *Text.* non dicant, neceſſariò appellandum, ſed permittendum appellare, ſuprà allegata differentia, non vſq; adeò certa videtur; Conſultius itaq; erit, appellationem interponere, maximè ſi per iniuriam Iudicis, ſententiam
39 † contra hæredem ſcriptum latam, legatarij conquerantur, *Couarruuias. pract. quæſt. cap.* 15. *num.* 2. *in fin.* neque hoc caſu victor tutus erit exceptione rei iudicatæ, vt quibuſdam videtur, *ex l. ſi ſuperatus* 3. *ff. de pignor.* quia *d. l.* recipiet interpretationem ab alijs legibus. quibus ſtatuitur, victorem legitimum hæredem reſpondere debere legatarijs, *d. l.* 50 *ſi ſeruus*, §. 1. *& d. l.* 29 *ſtatuliberi* §. *Quintus & c ff. de ſtatu liberis.*

40 Sed reuertamur, vnde digreſſi ſumus, † tertio itaque ſi ipſius interſit, conceditur poteſtas, nedũ principaliter appellandi, ſed etiamſi non appellauerit, alterius appellationi inhærendi, & eam proſequendi, licet partes renunciauerint, vel tranſegerint, *l. ab executore* 4. §. 3 *idem ſi emptor. ibi.* Perindè defenſio cauſæ emptori committenda eſt, atque ſi ipſe appellaſſet. *& l. à ſententia* 5. §. *idem reſcripſit*, 2. *cum* 2. *ſeq. ff. hoc tit lege, ſi parentes* 20, *Cod. de euictionibus*, *Lancellotus de attentatis, ampl.* 12. *&* 13. *Mindanus lib.* 3 *de contin. cauſæ cap.* 16 *num.* 10 etiam commiſſa cauſa, appellatione remota *cap ſuper eo de offic. deleg.* aut ſtatuto excludente appellationem in executione ſententiarum, tertios enim in ſtatuto non nominatos, non includit, *Abbas, Francus, in cap paſtor. hoc tit ext.*

41 Sunt tamen † qui intereſſe putant inter tertium pro ſuo iure principaliter appellantem, & tertium aſſiſtentem, vel defendentem, qui acceſſoriè alteri partium adhærere velit, vt hunc, ſtatutum prohibens appellationem, comprehendat, non illum, ſecundo illum conſcium agitatæ litis, prouocare poſſe, intrà decem dies à tempore ſcientiæ prolatæ ſententiæ,

hunc

Digitized by Google

hunc non, alij autem conſtituunt tertium conſcium litem geri, poſt tempora appellationum, non facilè audiendum, *per cap. vt circa. 4. de elect. in ſexto,* tamen cum ſuprà allegatæ leges generaliter conceptæ ſint, & per manus interpretum tradatur, tertium etiam partibus acquieſcentibus interpoſitam appellationem proſequi poſſe, nulla adhibita diſtinctione ſcientiæ aut ignorantiæ, rem maturiori deliberationi relinquimus, *videatur, Mindanus lib. 3. de continentia cauſæ, cap. 9 cum ſeq.*

Vt autem paucis expediam, qui ad hoc beneficium appellationis admittendi ſint, generaliter omnibus præiudicium ex ſententia ſentientibus, appellationem eſſe iure permiſſam, ratione intereſſe & præiudicij, traditur ex recepta doctrina *Bart. in l. 2. num. 5. ff. de appellat. recipiendis*, ſiue vnus ſiue plures ſint.

Iam oritur illa quæſtio, ſi pluribus † condemnatis, ab vno autem tantum ſit interpoſita appellatio, an alijs non prouocantibus, victoria per ſententiam reportata, proſit, quaſi non appellantes, acquieuiſſe ſententiæ, *videatur, l. 3. ſcio, §. 1 ff. hoc titul.* 42

Hæc quæſtio vtroque iure clarè deciſa eſt, *l. 10 ſi quis ſeparatim §. vlt. ff hoc tit.* vbi I. C. reſcriptum in communi cauſa, quoties alter appellat, alter non, alterius victoriam ei proficere, qui non prouocauit, hoc ita demum probandum eſſe refert, ſi vna eademq; cauſa fuerit defenſionis, *iuxtà l 1. C. ſi vnus ex pluribus appellauerit, &c. & ca. pen. ext. hoc tit. & facit l. 1. C. de diuerſis reſcriptis, & l. loci, 4. §. 3 ſi fundus. ff ſi ſeruitus vindicetur.*

Nec obſtat, † *l ſcio. 3. §. 2. certè. ff. hoc tit.* illum cenſeri appellaſſe, cuius nomen libello comprehenſum ſit, nec admittenda videtur ſolutio eorum, Principium *d. l. 3. ſcio,* procedere quando vnus in lite eſt, quia nec error noceat, in exprimendo appellati nomine, *Græuæus ad Gail. concl.* 119 *num* 23. *nam §. 1. ſed illud. eiuſd l ſcio*, apertè cauetur, ſi plures ſint aduerſarij, & quorundam nomina libellis ſint complexa, quorundam: 43

rundam

victi enim appellationem deſertam, huic nullum præiudicium inferre videtur, cum alia ſit appellatio diuerſo tempore interpoſita, & hoc ſuffecerit, quatenus vnius appellatio aliis non prouocantibus proſit.

Sed quæſtionis eſt, an idem probandum ſit in non proſequentibus appellationem? Videtur enim in his deprehendi contumaciam, vel potius renũciationem, vnde non dandum regreſſum, quò pertinet, quod licet appellatio per vnum ex cõſortibus interpoſita, iuuet alios conſortes non appellantes, adeò vt contra hos executio fieri non poſſit, *Lancellotus de attentatis ampliatio.* 11. tamen interpoſita appellatione ab omnibus, & ab vno eorum deſerta, proſecutionem vnius non ſuſtinere appellationem non proſequentium, *idem author d. loco. num 1 probat authorit: & deciſionibus.* tamen ſi expreſſe renunciatio non interceſſerit, † victoriam proſequentis, non proficere ſtatuitur, *auth cap. ei qui.* 41. §. *quandoq́. 2. q. 6.* Quandoq́; 47
vnam & eandem plures ſimul reportant condemnationem, nec diuerſitas factorum, ſeparationem accipit, quo caſu, ſi omnes appellauerint, & vno ex his agente, eorum appellatio iuſta pronunciata fuerit, emolumentum victoriæ etiam ad alios pertinebit, *Francus in cap. penult. ext. hoc tit. tom.* 4 *Symph. par.* 1, *vot* 19. *fol.* 178 *poſt. num.* 81. *verſic. poſtr.* modò vna eademq́ue cauſa, cuius indiuidua ſit defenſio, & communi iure iuuentur, *l.* 2. *c. ſi vnus ex pluribus cap. penult. vna ext. hoc tit. cap. ei qui.* 41. §. *quandoq́. verſic. quod ſi ætatis auxilio.* 2. *q.* 6. id eſt, modo ex illis vnus non iuuet, beneficio reſtitutionis in integrum, quod propoſitum ſit reſtituenti in integrum, minori, & non maiori ſubuenire, *l. deniq́.* 3. §. 4. *ſed vtrum l.* 13. *in cauſæ. ff. de minoribus. l. vnica C. ſi in communi eademq́ cauſa &c.* Vnde hoc ius ſingulare ſeu priuilegium ad alios extendi non debet, modò tamen illud ius contrà ſententiam ſit directum, *d. l.* 2.

Inde patet, † ſi ex pluribus reis condemnatis, priori, iudicio, in vna eademque cauſa, ſeu negotio communi, vnus ap- 48
G pella-

pellauerit, & poſt lapſa fatalia, præſtito iuramento paupertatis, ex ſingulari iure pauperum, ad proſecutionem appellationis fuerit admiſſus, commodum appellationis ad reliquos pertinere, quia beneficium paupertatis contrà, vel pro ſententia, nihil conducat, ſed tantum prolixius tempus tribuat appellanti, *ita in terminis traditur tom. 4. Symph. par. 1. voto 17. n. 3. cum ſeq.* & ſic ex perſona alterius conſequitur id, quod ex ſua cõſequi non poteſt, *leg. ſi communem. ff. quemadmodum ſeruitutes amittantur, leg. 3. Ariſto in fin. ff. quæ res pig. &c. l. 55. cum hæreditate ff. de acquirenda hæredit.* de qua re *Gail. lib. 1. de pace pub. cap. 6. num. 17.*

Hactenus de ijs, qui ſibi hoc commune auxilium polliceri poſſint, nunc diſpiciamus, qui ab eodem excludantur, & pri-
49 mo arceantur quidem † ſerui, *l. 15. ſerui l. Creditor 28. ff. hoc tit. leg. 1. Cod. de precibus Imper. offerend.* ſed domini eorum ad opem ſeruo ferendam poſſunt vti auxilio appellationis, *dict. leg. ſerui. leg. Lucius decima octaua. ff. hoc titul.* quod ab interpretibus ad Adſcriptitios, & Monachos extenditur, ſi tamen neque dominus, neque alius pro domino appellauerit, ipſi ſeruo, qui ſententiam triſtem paſſus eſt, auxilium ſibi implorare poſſe, non denegat *I. C. in dict. leg. ſerui*, humanitatis enim ratione, omnis prouocans audiendus eſt, ſi triſtem inquam ſententiam paſſus ſit, id eſt, condemnationem, ſic Valerius Maximus, ſcum Athenienſium ſcelerata dementia triſtem de capite Socratis ſententiam tuliſſet, &c. pro vt plura in hanc rem, *Cuiacius, lib. 25. refert. obſ. cap. 6.*

50 Secundo, † renunciantibus huic beneficio non eſt locus, *leg. prima. § ſi quis ante ff. à quibus appellari, Paulus libro quinto. titul. vigeſimo quarto. lege. fin. §. fin. Cod de temporibus appellat. Ordinatio part. 2. tit. 28. §. 2. circa fin. vbi:* es were dann/ daß einer ſich freywillig vnd vngedrungen / vorhin der Appellation begebe/ ꝛc. quod procedit, etiam non interueniente ſcriptura, *lege. pactum. 17. Cod. de pactis.* Vnde hoc caſu argumentũ

à ſta-

à ſtatuto ad pactum non procedet, *Euerhardus cap. à pacto ad legem num.* 9. poterit tamen renuncians, † nihilominus intrà decendium per modum ſupplicationis cauſam ad Cam. Imp. deducere, aut ad ſuperiorem recurrere, *atteſtante authore præiudiciorum Cam. Imp. in verbo appellationis deſertio. fol.* 38. vbi hoc præiudicio confirmat, *& Compilatore quæſt. controu. &c. cap.* 8. §. 20. *q.* 3. *Rulanto part.* 3. *de proceſſ. iudic. interrog. cap.* 13. *poſt numer.* 24. vbi ſimiliter in hanc rem præiudicia allegat, remedio enim vno ſublato non cenſetur aliud, *l. ſimiles* 3. *ff. de teſtamen. militis. l. ſi domus* 21. *ff. de ſeruit. vrban præd. cap. licet* 14. *in fine, de ſentent. excommun. in ſexto.* nam renunciatio eſt ſtricti iuris, nec comprehendit, niſi expreſſa, *l. tres.* 35. *l.* 47. *emptor.* §. *Lucius ff. de pactis. L. qui cum.* 9. § *fin ff. de tranſact.* diſſentire tamen videtur *Menochius de arbitr. iudicum. lib. primo. quaſt.* 70. *numer.* 40. vbi refert, renunciantem appellationi, ſupplicare, recurſumque habere ad Principem non poſſe, quia indignus legum auxilio ſit, cum ſpreuerit illud, quo ei ſuccurſum eſſe poterat, & hoc caſu vnius remedij renunciationem operari, & alterius, ſupplicationis videlicet. 51

Deniquè mouetur *l. vlt. Cod. vt lite pendente*, & quamuis reiecta appellatione aut remota, non cenſeatur remotum beneficium, recurſus ad Principem, tamen id non procedat, ſi quis ſua culpa, vel facto, omiſerit vel amiſerit appellandi facultatem.

Verum accuratius conſideranti † patebit, *d. l. vlt.* exaudiẽdam de illo, qui nullo modo appellauit, cũ appellare potuiſſet, ſi voluiſſet, & cõfuſio horum terminorũ, recurſus cum ſupplicatione, admittẽda non videtur, nam quamuis † recurſus ad ſuperiorem, qui & reuiſio dicitur, & reuiſio quandoq; recurſus appelletur, *Græueus ad Gail. concl* 136 *conſid.* 1. quamuis inquam recurſus & reuiſio promiſcuè vſurpentur tamen cum ſupplicatione *de qua in tit. C. de precibus Imperat. & d. l. vlt.* confundi non debent, etenim in ſupplicatione, ſolus error proprius, aut circumuentio aduerſarij, in reuiſione verò nullitas, & iniuſtitia 52 53

ſententiæ allegari poteſt. *Benderus de reuiſionib. concl.* 18. *nu.* 19. *& concl.* 20. *num.* 20. ſicuti etiam *in ordinatione Cam. Imp.* diſtinguuntur, vbi à ſententijs *Cam. Imp.* ſupplicatio non, ſed reuiſio admittitur, *part.* 3. *tit* 51. item, in ſupplicatione noui quid admittitur, *Menochius de arbit. iudic. lib.* 1. *q.* 72. *num.* 9. quod *nouiſſima Spirenſis conuentio Anno* 1600. §. es ſoll aber / fol mihi 757. comprobauit, in reuiſione autem id improbatur, *ordinatio Cam. Imp. part.* 3. *tit.* 53. §. Erſtlich / ꝛc. prout plures differentias Deo volente in ſeq. Tract. de ſupplicatione &c. exequemur.

Vt autem renũciatio quem excludat ab auxilio appellationis, requiritur, vt de ea conſtet, nam (ex eo quod quis promittit, ſtare ſententiæ iudicis, non inducitur renunciatio *cap. ad hæc* 20. *ibidem Canoniſtæ, ext. hoc tit. Maranta part.* 6. *tit. de appellat. num.* 341. *Rulantus part.* 3. *d. lib.* 8. *cap.* 13. *num.* 24. idem
54 iudicium eſt, † ſi arbitrio Procuratoris commiſſum ſit alternatiuè, aut acceptare ſententiam, aut appellare, per hanc enim electionem, appellationi non cenſetur renunciatum, vt in terminis traditur *tom.* 4. *part.* 1. *vot* 52. *num.* 3. *vſq. ad num.* 9. nec Procuratoris renunciatio, alicuius momenti erit, cum in alternatiuis ſine ſpeciali mandato, vel ſubſecuta ratificatione, electio Procuratoris non ſubſiſtat, *Bartolus & Iaſon in l. ſi ſtipulatus fuerim, ff. de V. O.* electio enim eſt conſtituentis, *l. plerumq; §. fin. ff. de iure dotium.* cum ſimilibus. Negandum tamen non eſt, renunciationem non ſufficere, ſi appellans coram Iudice. A QVO litiget, *cap. gratum.* 20. *extra. de offic. deleg.* exerceatq; actum cõtrarium appellationi, *ca. ſolicitudinem* 54.
55 *ext. hoc tit.* vbi † appellationi interpoſitæ ad Romanum Pontificem renunciaſſe cenſetur, qui eadem de re, queſtum iuit ad Archiepiſcopum, quod cum hoc temperamento procedere exiſtimatur, ſi de cauſa principali Iudicem A QVO adierit, ſecus de reuocatione attentatorum, *Mynſingerus cent.* 3. *obſ.* 22. *in fine.* aliud exemplum renunciationis appellationis colligitur ex *l.* 5. *ad ſolutionem C. de re iudic.* quod explicat *Menochius*

lib. 2.

Digitized by Google

lib. 2. præſumptionum, præſump. 94. & declarat Codex Fabrianus lib. 7. tit. 28. defin. vlt. in eadem cauſa cenſetur attentans appellatione pendente *cap. an ſit 42. extr. hoc titul. Gail. lib. 1. obſ. 146. num. 12. Maranta part. 6. hoc tit. num. 422.* idem probandum, ſi appellans intra terminum à lege, vel iudice A QVO, præfixum, appellationem non proſequatur, aut poſt diem ab appellante condictum, cauſæ agendæ non adſit *cap. 4 perſonas. ext. & clemen. 3. ſicut, hoc tit. auth. ei qui l fin. §. illud Cod. de tempor. appellat. cap. ſæpè 44. ext. hoc tit.* ibidem *Cuiacius*, & hi vocantur ex ære modico condemnati, qui ob interpoſitæ deſertionem appellationis ſuccubuerunt.

Porrò hic animaduertendum, ſi appellator poſt diem condictum agendæ cauſæ, apud iudicem AD QVEM non adfuerit, appellatum præſentem litem exercere poſſe, *d. l. fin. §. illud.* ſeu cauſam agi μονομερῶς vt in l. vlt. ff. ad S. C. Trebell. id eſt vna tantum parte præſente, *Cuiacius lib. 4. obſ. cap. 32.* quod ſingulariter receptum eſt in cauſa appellationis, vt ea introduci poſſit, altera parte abſente; nec neceſſè ſit, vt agatur cognitionaliter. Canones adiungunt, vt elapſo termino, perindè procedatur, ac ſi peremptoriè quis vocatus eſſet † *d. cap. ſæpè*, 56 id eſt, vt abſens, quaſi ex contumacia, ex edicto peremptorio damnetur, nec appellare, vel alio modo litem redintegrare poſſit *l. 13. properandum §. fin. autem ex geſtis apud ſe Cod. de iudiciis.* modo appellatio recepta vel à parte probata fuerit, hoc autem non interueniente, in non proſequentem non agitur vt in contumacem ex edicto peremptorio, ſed tantum ſeruatur, quod antiquis conſtitutionibus cautum, vt pareat ſententiæ iudicis. *cap. 26. reprehenſibilis ext. hoc tit.* ſin autem actum ſit *ex cap. d. ſæpè 44.* appellatio non proſequentis, quaſi euocati, ex edicto peremptorio, non erit recipienda, cum cōtra ipſum procedatur, ac ſi peremptoriè vocatus eſſet, quod ita exaudiēdum, non vt procedatur *iuxt d l. 13. §. ſin autem.* id eſt, vt agatur cauſa, & pronuncietur, non vtique ſecundum præſentem, quia interdum abſens, ſi bonam cauſam habeat, vincat, *vt ait*

Digitized by Google

tex. in l. 73. & poſt ff. de iudiciis, iuncta l. 27. diui §. 2. quod ſi ff. de liberali cauſa, non inquam ita intelligendum, vt in iudicio appellationis prior ſententia examinanda ſit, poſſet enim retractari, ſed vt ea confirmetur, excluſo omni beneficio appellationis, *d. l. fin. §. illud. Cod. de temporib. appellat. iuncto d. cap. 44. ſæpè. ibidem Cuiatius.*

57 Tertio appellatio non conceditur contumaci, *l. 13. properandum. §. ſin autem 3. verſic. cum autem C. de iudiciis. d. leg. 73. & poſt §. ſciendum ff. eod. l. 23. ex conſenſu §. eum qui 3. ff. hoc tit. l. 1. C. quorum appellationes &c. cap. de illicita. verſic. quin imo. 24. q. 3. Nouella 82. de iudicibus & vt nullatenus &c. cap. 5. audient. in fine*, nec à tempore ſententiæ, nec ſcientiæ.

Pro euidentiori autem cognitione excutiendum, qua ratione committatur contumacia, & de ſpeciebus contumaciæ inquirendum.

Primo itaque is dicitur contumax, qui legitimè, id eſt, tribus edictis, vel vno peremptorio pro omnibus, vt hodie fieri ſolet, citatus contumaciter ſe abſentat, *cap. ex literis 2. cap. cum dilecti. in fine extr. de dolo & contumacia*, vel qui dolo malo latitat, aut qui id agit, ne citatio ad ipſum perueniat, *cap. quoniam §. 1. & fin. ext. vt lite non conteſtata &c.* quæ tria genera contumaciæ comprehenduntur, *in d. §. 1.* hos I. C. vocant, qui euocati præſentiam ſui facere negligunt, *l. 47. de vnoquoq; in fin. l. 53. contumacia ff. de re iudic. l. 7. Fulcinius §. fin. diuus ff.* quibus ex cauſis in poſſeſſionem &c.

Secundo is cenſetur contumax, qui recepto libello illicentiatus recedit, *vt ait cap. conſtitutis 12. ext. de Procurato.* quibus iunge *cap. 4. prout nobis ext. de dolo & contumacia. cap. certum 44. 11. q. 6.* item qui rem non exhibet, *l. fin. §. iuſſus ff. hoc tit.* qui tacet, *l. de ætate 11. §. qui tacuit ff. de interrogat. in iure faciend.* denique & hic contumaciam contrahere cenſetur, qui rem non reſtituit, *l. 8. tutor. ff. de in litem iurando, l. ideoq; 10. ff. rerum amotarum.*

Cæterum ab interpretibus variæ diuiſiones contumaciæ adſe-

Digitized by Google

adferuntur, vt vna ſit vera, altera præſumpta, aut ficta, ſeu vt quis dicatur contumax exiſtenter, apparenter &c. de qua *Maranta parte ſexta. tit. de contumacia.* quæ diſtinctio à quibuſdam reprehenditur, & *Bartholo tanquam ſubtili diſtinctionum*, vt eum vocat Ferretus, *Opifici* attribuitur, commodius itaque eſt, vt duplex contumacia conſtituatur, vera & præſumpta, ſeu vt quis cenſeatur verus, & præſumptus contumax. Hunc ſi cum Doctoribus fictum, aut cum I. C. quaſi contumacem. *in leg. minor. autem octaua ff. de minoribus*, appelles, non refragabor: animaduertendum tamen, leges denegantes contumaci appellationis beneficium, in vero procedere contumace, iuxtà communem opinionem, *& gloſſ. in clementina* 1. *approbatam, de dolo & contumacia.* Secundum quam ita conſideratum refert, *Rulantus in quadam cauſa lib.* 8. *de proceſſ. iudic. interrog. cap.13. num.:29.*

Verum autem † contumacem, illum definimus, qui tribus 58
edictis, vel vno peremptorio vocatus, præſentiam ſui facere contemnit, *l. contumacia* 53. *ff. de re iudic. l. abſentem* 5. *circa principium. ff. de pœnis cum ſimilibus.*

Secundo ſi ad faciem denunciatum ſit, aut procurat, ne denunciatio ad ipſius notitiam perueniat, *leg* 1. §. *ſed &*, 8. *ff. quod vi, aut clàm, cap. quoniam* §. *porrò ext. vt lite non conteſtata &c. Clemen.* 1. *de iudiciis. ibidem Canoniſtæ. Gail. lib.* 1 *obſ.* 55. *num.* 4.

Tertio qui iuriſdictionem iudicis competentis, declinat, *tex. notab. in l.* 2 *in fin. C. vbi quis de curiali.*

In hac conditione, & hic conſtituitur, ſi illo abſente domi denunciatio facta ſit, & res per vxorem aut famulos, ad ipſius notitiam delata ſit, iuxtà formam *in ordinatione Camer. Imper. præſcriptam, part.* 1. *titul.* 38. §. Zum ſiebenden / ꝛc. vt ipſi appellandi facultas denegetur, abſente enim reo, fieri poſſe denunciationem domi, *conſtat ex l. vim.* §. 3. *ff. ad leg. Iul. de adulteriis leg. ſcire.* §. *primo. ff. de excuſat. tutor. cap. cauſam extr. de dolo & contumac. cap. fin. ext. de eo qui mittitur in poſſeſſionem &c.*

quæ

Digitized by Google

quæ ſi ad ipſius cognitionem delata ſit, pœnam contumaciæ ſufferet, cum ſolum cōſideretur, an ſciat ſe citatum, *l. ex conſenſu* 23. *§. fin. ff. hoc tit.* ponderando ibidem verbum, *cognouit* &c. *l. item veniunt.* 20. §. 11. *petitam ff. de petit. hæred.* vbi non diſtinguitur, quo pacto aliquid ad alicuius notitiam peruenerit, *optimè facit clemen. cauſam*, ibi niſi ad appellatum &c. *circa finem, de electione &c.* Et quamuis *Cynus, Alexander in l.* 13. *§. ſin. autem C. de iudiciis. Maranta part. 6. hoc tit. num.* 285. diſſentiant, quaſi fides vxori aut domeſtico in hoc accommodanda non ſit, *Albericus tamen in d. l.* ex *conſenſu §. fin. ff. hoc tit.* contrarium communiter obſeruari teſtatur, quod comprobat nouiſſimè *Gilkenius in d. § ſin autem num.* 28.

In eadem cauſa hunc verſari puto, qui declarat coràm iudice, ſe venturum non eſſe, (quamuis pœnitere poſſit, *Angelus & Imola in d. l. ex conſenſu §. fin.* vt ſi iudice adhuc ſedente pro tribunali veniat, *l. diuus 7. ff. de in integ. reſtit.*) *cap. venerabilium §. porrò, ibi,* quia fortè prædixerat in iudicio, quod minimè compareret, &c. *de ſentent. excommunicat. in ſexto. l. ceſſante 2. C. quomodo & quando iudex* &c. vbi Dd. communiter illam legem de ſimplici admonitione iudicis exaudiunt. *Duarenus autem in l. contumacia* 53. *ff. de re iudic.* interpretandam exiſtimat *iuxt. l. tres C. quòmodo & quando* &c. verius tamen eſt, *d. l. ceſſante 2.* intelligendam de illo, qui coram iudice profitetur, ſe venturum non eſſe, *vti docet Gilkenius in d. l. ceſſante.*

Non minorem contumaciæ pœnam contrahere videtur, qui nuncio exequenti dicit ſe venturum non eſſe, aut quid ſimile pronunciat. *Zaſius in d. l. contumacia. tom. 2. Symph part. 2. voto 26 num.* 12. Et quamuis quidam exiſtiment, verbis nuncij ſtandum non eſſe, ſi ex citato ſe audiuiſſe ſignificet, quod venire nolit, *latè Gilkenius in d. l. 13. properandum §. & ſiquidem num 9 C. de iudiciis*, tamen cum propter electam fidem perſonæ, & iuramenti religionem quo iudicijs obſtricti ſunt, credatur, *Mynſing. cent. 5. obſ 51. num. 2. Maranta part. 6. tit.* vt rectè concipiatur citatio *num. 53 tom. 1. Symphor. part. 2. titul. 12.*

vot. 2.

Digitized by Google

vot. 2. nu. 4. ſi citatus iudicij diem non obſeruet, excuſandus non erit.

His itaque contumacibus, ſententiæ per appellationem reſcindendæ, non erit ratio, idem ſtatuendum de illo, qui in termino mandatis inſerto non comparet, adeò vt à mulcta impoſita in mandato, prouocare non poſſit, aliud tamen obtineret, ſi exceptionibus reiectis, contrà mandatum declaretur in mulctam, *& ita procedit opinio Barth. in l. vnica. ff. ſi quis ius dicenti &c.*

Denique & hic in claſſe veræ contumaciæ conſtituitur, qui mittit Procuratorem cum mandato non ſufficienti, vt ad cōtradicendum tantum *cap Nicolao* 64. *cap* 70. *interpoſita* §. 1. *eidem ext. & cap.* 1. *in* 6. *eod. cap. veniens ext. de renunciat.* nam & contrà hunc tanquam verum contumacem procedi ſtatuitur *d. cap.* 64. *vbi Cuiacius & Canoniſtæ,* animaduertendum tamen, an in mandatis reperiatur clauſula, niſi quatenus & quãtum &c. quæ operabitur, vt quis non dicatur contumax, aut ſi quis habeat exceptiones tantum incompetentiæ aut ſimiles &c. tunc enim non opus habet aliter conſtituere Procuratorem, quam ad excipiendum &c. *videatur, Baldus in l. hac C. vbi de curiali &c.* & facit *Mynſingerus cent.* 5. *obſ.* 84 *num.* 2. Superioribus itaque denegandum auxilium appellationis, adeò vt fruſtratoris ſeu contumacis amici, pro ipſo appellatio interpoſita non ſit recipienda, quod reus enim non poteſt, multò minus alius poterit, qui ſolam ipſius perſonam ſuſtinet, *Text notabilis. in l liberto* 31. §. *litem.* 2. *ff. de negotiis geſtis* vbi † fruſtrato- 59
ris ſeu contumacis amicus vltrò egit, cauſas abſentiæ eius allegans iudici, culpam contraxiſſe non videtur, quod à ſententia contrà abſentem lata non prouocauerit, quod dictum Papiniani, Vlpianus notat, verum eſſe, quia fruſtrator condemnatus ſit, igitur nec amico fruſtratoris concedenda appellatio, alias facilè leges denegantes appellationem contumaci, eluderentur, & per indirectum conſequeretur eiuſdem beneficiũ, ipſis à legibus denegatum, & hæc eſt ratio decidendi *d. l. liberto*

60 31. §. *litem*, quod eo producitur, vt † tertij pro intereſſe à ſententia contra contumacem lata, appellatio interpoſita, reo contumaci non proſit, vt iudex appellationis ſententiam cõtra ipſum latam, reformare debeat, vti videre eſt in eleganti propoſita facti ſpecie *Cod. Fabrian. lib. 7 tit 26 defin. 2.*

61 Hactenus autem allegata † de contumace procedunt, modo ſit citatus, citatio enim ne à Principe quidem prætermittenda. *cap. 1. de cauſa poſſeſſ. & propr. Clem. paſtoralis. de ſent. & re iudic.* quia inaudita ſeu indicta cauſa, quis damnari iure non poteſt, nec fieri ſententia, hinc Apuleius, ait ad inſtar Barbaricæ feritatis & tyrannicæ potentiæ eſſe, quempiam damnare inauditum &c. *latè de his Forcatulus Dialogo. 81. & Gregor. Tholoſanus in Syndagmate iuris &c. lib. 50. cap. 1. n. 17.*

62 Citatio † igitur præcedere debet, & illi ipſi qui vocatur, inſinuanda, quare citatio mariti executa in vxorem non valet, vt aduerſus maritum in contumaciam procedi poſſit, *Mynſingerus cent. 3. obſ. 37.* niſi ad eius notitiam peruenerit, aut ſi ſit facta executio ad domum mariti, & in perſonam vxoris, abſente marito, iuxta formam præſcriptam, *in ordinatione part. 1. tit. 38. videatur Gregorius Tholoſanus lib. 5. part. iuris canon. titul. ſexto. capite quinto. lit. Q. in fine*, tunc peti poterit citatio per edictum, vel vigore factæ citationis immiſſio ex primo decreto, ita iudicatum refert, *author præiudiciorum Camer. in verbo executio, fol. 122. ibi in cauſa, &c.* ſimiliter citatione emanata nedum tamen inſinuata, ſi moriatur citatus, euaneſcit citatio, ne contra hæredes aut vxorem tanquam contumacem procedi poteſt, quia citatio neminem arctat, præter nominatim in ea comprehenſum, & hac ratione denegatum proclama *refert author præiudic. Cam. in verb. citatio fol. 71. ibi mortuo reo.*

Secundo requiritur, vt legitime executa ſit; de qua forma quoad ſtylum Cameræ &c. *videatur ordinatio Cam. Imp part. 1. tit. 38* §. Vnd zum ſiebenden / ꝛc. *Mynſingerus cent. 1. obſ. 77. 78. 79.*

Digitized by Google

78. 79. *Gail. libr. primo. obſeruat.* 54. *numer.* 6. Singulariter autem animaduertendum, vt executio ſeu relatio nuncij ſcribatur in actis, vt de legitimè executione facta conſtet, eſt enim actus relationis, ſubſtantialis, quare non reperta ſcripta relatione nuncij in actis, citatio nullius momenti eſt, nec aliquis poſſet contumax reputari, etſi procedatur tanquàm contrà contumacem, processus non ſubſiſteret ante relationem nuncij, etiamſi poſtea relatio nuncij reciperetur, *Mynſingerus cent.* 1. *obſ.* 78 *Maranta part.* 6. *tit. vt rectè concipiatur citatio, nu.* 56. *idq; authoritate l.* 5. *hæc autem.* §. 1. *ff. quibus ex cauſis &c.* vbi cauetur, quod conſtare debeat Prætori, vt ſic permittat bonorum poſſeſſionem, quod omnes memoriæ commendandum eſſe volunt. *Mynſingerus cent.* 6. *obſ.* 10. nam cum in omni citatione tria extrema conſiderentur, commiſſio iudicis, ipſa citatio, ſeu executio citationis, & relatio eiuſdem factæ, vno deficiente, reliqua corruunt, quæ tamen executio an fieri poſſit die feriato, *videantur allegata à Maranta, tit. vt rectè concipiatur citatio, n.* 119. Quibus defendi videtur, citationem ita factam non ſubſiſtere, *l fin. C. & cap. fin. ext. de feriis.*

Contrarium † tamen verius eſſe conſtat *ex notatis Gail lib.* 1. *obſ* 53. *num.* 7. cum enim executio, nullam cauſæ cognitionem requirat, executionisq; actus ſit ſolius nuncij, exceptio, 63
diebus feriatis, executionem factam, non admittetur, eiusq; rationem non haberi, *videre eſt ex voto 26. tom.* 2. *Symph. par.* 2. *nu.* 13. *& Gregorio Tholoſano lib.* 5. *partit. iur canon. tit.* 6. *cap.* 5. *lit. R. vbi hoc authoritat. & deciſionibus probat.* Idem iudicium eſt, ſi obijciatur executionem nõ ritè factam, modò enim citatio illegitimè executa, ad notitiam citati peruenerit, perindè arctat citatum, vt legitima, *Clemen. cauſa de elect.* maximè ſi compareat, comparitione namq; ſublatum eſt omne vitium, *Gail lib.* 1. *obſ* 53. *Mynſing. cent.* 2. *obſ.* 18 *tom.* 1. *Symph. par.* 2 *tit.* 14. *vot.* 3 *n* 5 *& tit.* 12 *vot* 2. *n* 2 *cum ſeq.* aliud tamen probãdum eſſe, ſi citatio fieret, cõtra formam aliquam præſcriptam, hac enim citatione, illegitimè emanata, quis non obligaretur

ad comparitionem, *& ita procedunt notata à Gail. d. obſ.* 58. *num.* 6.

64 Sed ad inſtituta redeamus, ad conuincendam † itaque alicuius contumaciam, citatione opus eſt non trina, ſed vnica, *gloſ. in cap. venerabilius* §. *ſecus. de ſententia excommunic. in* 6. & quidem peremptoria, *l. contumacia* 53. §. 1. *ff. de re iudic. l.* 15. *Senatus. l. Arrianus* 42. *ff. de iure fiſci l. ad perempt.* 68. *ff. de iudiciis. Maranta part.* 6. *hoc tit. num.* 287. *Mynſigerus cent.* 6. *obſ.* 9. Tres tamen denunciationes loco peremptorij, aduerſus contumaces conualeſcere ſalubriter conſtitutum eſt. *l. tres. C. quomodo & quando &c.* Verum moribus receptum eſt, vt edicto ſeu citationi, cõminatoria clauſula, quæ edicti peremptorij ꝓpria eſt, inſeratur, an autem hoc edictum peremptorium duo vel tria edicta præcedere debeat, vt inſinuare videtur *d. l.* 68. *ff de iudiciis*, verius eſt, hoc non eſſe ad neceſſitatem redactum, ſed arbitrio iudicis committi, qui pro conditione cauſæ, perſonæ, vel temporis, &c. vnum pro omnibus, concedere poteſt, *leg.* 27. *nonnunquam ff. eod. l.* 8. *conſentaneum C. quomodo & quando*, quod communiter obſeruatur in hunc modum, wir heiſchen vnd laden dich hiemit / daß du auff den Tag / diß Monats / denen wir denſelben dir für den erſten / andern / dritten / letzten vnd endtlichen Rechts Tag ſetzen / vnd benennen / peremptoriè &c. hac enim citatione legitimè emanata, executa, & ſuperueniente iudicij die, contumacia à partibus accuſanda eſt, *l.* 13. *properandum* §. *& ſiquidem ibid. communiter Dd, Cod de iudiciis*, vt iudici de ea cõſtet, *l. hæc. autem* 5. §. *non defendi. primo, ff. quibus ex cauſis in poſſeſ.* &c. quod maximè requiritur, idque ex eo colligi poterit, ſi conſtet ad ipſius notitiam, citationem perueniſſe, ſin autẽ hoc iudici nõ liqueat, fictus contumax cẽſebitur, & pars abſens citanda, *leg.* 73. *& poſt ff. de iudiciis*, non tamen vt opinantur antiqui interpretes, denuò abſentem in

65 ius vocandum, ideoque quinto † opus eſſe edicto, poſt edictum peremptorium emanatum, aliud eſſe proponendum, exiſtimantes *in d. l.* 73. appellationem citationis, edictum vel de-

denuntiationem contineri, nam non interponitur quintum edictum, aut quinta denunciatio, ſed abſens voce præconis citatur, id eſt, clara voce nominatur, vt reſpondeat, appellatione enim citationis ibi ſignificatur vox præconis nomen abſentis inclamantis, *l. diuus 7. ff. de in integ. reſtitut. ibidem Eguinarius Baro, Duarenus lib. 1. diſput. cap. 7. Cuiacius lib. 1. cap. 47. Vulteius lib. 1. diſceptat. cap. 2.* (quamuis citandi vocabulum etiam vocationem in ius ſignificare non negandum, vt multis authoritatibus probat, *Robertus ſentent. lib. 3. cap. 7.*) olim enim præco ſolebat in ipſo iudicij loco, ſeu tribunali, denuo euocare eum, qui in ius vocatus aberat, vt reſpondeat, *eleganter Briſſonius de formul. Rom. Imp. fol. mihi 470. ibi ſanè reus quo die adeſſe &c.* quæ euocatio dicebatur citatio. Quæ res veſtigium quoddam habere videtur, in proclamate illo, quod fit in ſupremo Imperij iudicio à Pedello Cameræ &c. quo facto tribus olim diebus *ordinat. part. 3. tit. 42. in princip.* hodie ſex effluxis, iuxta habitam conuentionem Spirenſem Anno 1600. §. Es iſt auch 2c. *fol.* 767. quis efficitur contumax, quamuis antiquitus ſuperueniente iudicij die ſtatim citari abſens, & cõtumax pronunciari poterat, *d. l. diuus 7. ff. de in integ. reſtitut.* ex prima † tamẽ opinione veterum introductum, vt poſt peremptorium edictum, non ſtatim quis declaretur contumax, ſed per diem exſpectatur, *Abbas in cap. ſæpè num.* 11. *extr. de appellat.* ex quo *Author præiudiciorum Camer. in verbo, contumacia, fol.* 101. *ibi, contumax per vnum &c.* putat fundari illam conſuetudinem Cameræ, quæ ad proximam non comparenti in termino tempus præfigit, cum euentuali proclamatis decreto. 66

Hactenus de requiſitis ad alicuius cõtumaciam cõuincendam, conſiderandum tamen, an iuſta cauſa ſubſit, quod citatus non obierit iudicij diem, vt puta valetudinis, tempeſtatis &c. *l. 2. §. ſi quis ff. ſi quis cautioni &c. l. 59. in ſententiis §. 3. l. 53. contumacia §. 2. pœnam. l. 54. contrà §. 1. l. 60. quæſitum. ff. de re iudicata*, non enim ſufficit cognouiſſe edictum perempto-

Digitized by Google

rium datum, ſeu notitiam citationis habuiſſe, ſed requiritur & comparere potuiſſe *leg. ex conſenſu vigeſima tertia.* §. *final. ibi*
67 *cum in eius poteſtate ff. hoc tit.* ſi enim † morbo, aut alia iuſta iuri cognita cauſa impeditus adeſſe quis non potuerit, actio iudicati in eum deneganda, vel exequi ita iudicatum prętor nō debet, *l. ſi Prætor 73. ff. de iudiciis*, Cum enim morbus Sonticus (de cuius ſignificatione, *Scipio Gentilis lib. Originum fol. mihi* 318.) inuitis litigatoribus diem differat, *dict. leg. quæſitum* 60. *ff. de iudiciis*, ſi iudex, vel alter ex litigatoribus morbo ſontico impediatur, iudicij dies diffiſus eſto, *ait l. 12. tabularum, ibidem, inquam Balduinus ad l Romuli.* 41. ſanè contumax dici non poterit, quem aduerſa valetudo defendit, aut morbus ſonticus cauſæ peragendæ impedimento fuerit *l. qui tamen* 21. §. *ſi quis* 9. *ff. de receptis arbitris dict. leg.* 53. §. 2. *Pœnam, ff. de re iudic. l. ſi cui.* 38. *in fine ff. quibus ex cauſis maiores &c. leg. ſcire* 13. §. *ſi enim quis ſeptima ff. de excuſat. tutor.* Hinc apud Liuium legitur Tribunos Plebis appellatos à L. Scipione decreuiſſe, ſi morbi cauſa is excuſetur, ſibi placere, accipi eam cauſam, diemque à collegis produci &c. *& ex leg. ſeptima. ait Prætor.* §. *duodecimo. item &, &c. ff. de minoribus.* conſtat, omnis ætatis hominibus reſtaurationem remedici præſtari ſi doceant, ſe ex iuſta cauſa abfuiſſe, & excuſantur etiamſi Procuratorem non mittant, cap. 2. querelam, vbi Canoniſtæ ext. de Procurat. *l. 20. Papinianus ff. de minoribus. Mynſingerus. cent. 4. obſ.* 58. *Duarenus in dict. l. quæſitum ff. de re iudic.* aliud tamen obtinet in electis in Epiſcopos, *cap. cum dilecti, 6. extr. de dolo & contumacia.*

68 Secundo † iuſta excuſatio contumaciæ, ſi allegetur citatum ad maius auditorium ſeu Tribunal vocatum fuiſſe, *l. 54. contra* §. 1. *vbi communiter Dd. ff. de re iudic. videatur Mynſing. cent. 6. obſ.* 8.

Tertio, pœnam contumaciæ ferre non debet, citatus ad locum non tutum, *clemen. paſtoralis. ibi, eſto igitur quod &c. circa medium, de re iudicata, cap. accedens 4. extr. vt lite non conteſtata*,

Si ta-

Si tamen à ſententia, locum tutum eſſe, non appelletur, nullatenus audiendus eſt, *Text. elegans cap. 7. venerabilius, §. 1. porrò, verſic. ſed ſi iudex pronunciaſſet &c. de ſentent. excommunicat. in ſexto. vide notabilem deciſionem in hanc rem, tom. 5. Symphor. relat. vlt. num. 76. vſq; ad 92. num.* In ſumma inquirendum, an iuſta cauſa ſubſit, quæ à pœnis contumaciæ quem excuſet, non tamen quamuis ſufficere arbitramur, vt Dd. ſentiunt, ſed iuſtam, iuri cognitam aut ſaltem probabilẽ quæ exiſtat tempore commiſſæ contumaciæ. *argum. l. igitur 12. §. & generaliter ff. de liberali cauſa,* generaliter inquit I.C. Vlp. dicẽdum, quotiens quis iuſtis rationibus ductus vel non iuſtis, ſine caliditate tamen putauit ſe liberum &c. hunc in ea cauſa eſſe &c. cuius §. authoritate infertur, iuſtam aut probabilem cauſam excuſare quem à dolo, vnde & à contumacia, quæ cenſetur dolus, & delictum. Iuſta † cauſa excuſationis non erit, ſi quis alleget ſe contumacem tantum fuiſſe, ad audiendam ſententiam, *Maranta par. 6. tit. & quandoq; appellatur. n.* 286. in eadem cauſa eſt, ſi ab incompetente iudice citatum, & iure ſeu licitè non paruiſſe dicat. Porrò cum hæc quæſtio quotidiana ſit, res altius repetenda, quibuſdam itaq; videtur, ab incompetẽte iudice citationem interpoſitam non valere, & extrà territorium citanti impune non parere, *l. vlt. ff. de iuriſdict. omnium iudic.* Et ita exaudiendam putant *l. 3. non videtur. ff. de iudiciis* non videtur fruſtrandæ actionis cauſa latitare, & ſic contumax eſſe, qui præſens ſuſcipere iudicium non compellitur, id eſt, etiamſi citatus præſens ſit, non tamen teneretur, ſuſcipere iudicium, cum iudex non ſit; nec ſententia ab ipſo lata, eum conſtringat, *l fin. Cod. ſi non à competente &c. cap. 3. ad audientiam, de conſuetud. cap. penult. de offic. vicarij, Clemen. paſtoralis de ſentent & re iudicat ibi, nec citatio, ſi quam forſan de ipſo &c.* huic opinioni non minorem authoritatem tribuit *lex quinquageſima tertia contumacia. § fin. ff. de re iudic.* contumaces inquit Text. non videntur niſi qui cum obedire deberent, non obſequuntur &c. hinc niſi per iuris ſubſidiales extra territorium

ab incompetente iudice citari quis poterit, & ita vſu receptum, nec ab eo recedendum, *aït Iulius Clarus lib. 5. ſentent. §. fin. q. 31. num. 19 tom. 1. Symph. part 2. titul. 8 voto 2. num. 161.* vbi multi Authores in hanc rem citantur, quare aliter citatus culpam contrahere nõ videtur, non comparendo, *Abbas in cap. 2. n. 16. ext. de dilationib.* in contrarium tamen vrget, *l. 5. ſi quis ex aliena ff. de iudiciis, in his verbis*, Si quis ex aliena Iuriſdictione ad Prætorem vocetur, debet venire &c. vt hoc ipſum ſciatur, an Iuriſdictio eius ſit, vt loquitur I. C. *Paulus in l. 2. ex quacunq; &c. ff ſi quis in ius vocatus &c.* Prætoris enim eſt æſtimare an ſua iuriſdictio ſit, vocati autem non contemnere authoritatem Prætoris &c.

70 Dd. † communiter diſtinctionis fœdere negotium componendum exiſtimant, vt interſit, an conſtet citatum non eſſe de iuriſdictione citantis, tunc locum eſſe *d. l final. ff. de iuriſdict. omn. iud.* ſin autem dubitetur, amplectendam eſſe ſententiam Vlpiani, Pomponij, *in d. l 5. & l 2. conſenſiſſe §. 6. ſed ſi dubitetur ff. eod. & Pauli I. C in d l. 2. ex quacunq; &c. Marantæ par. 6. tit. vt rectè concipiatur citatio num. 39. Mynſing. cent. 6. obſ. 7. Gail. lib 1. obſ 48. nu. 8.* Et hanc opinionem receptam eſſe maximè ſi alias ſit competens de iure communi, priuilegio tamen aliquo declinari poſſint, *videre eſt ex tom. 4. Symph. part. 1. vot. 43 num. 4. & 5. Author præiudic. Cameral. in verbo citatio fol. 70. ibi, citatus non &c* vbi ait, notandum eſſe, in den Abforderungen / vnd welche wider Recht gefreyet ſeyn wöllen / ꝛc. nam in ea cauſa ſunt, vt in ius vocati, veniãt, priuilegia ſua allegaturi *d. l. 5. ſi quis ex aliena &c. Tex. elegans in cap. 7. cum perſonæ. de priuilegiis in 6.* cum enim tales non ipſo iure, ſed ope exceptionis ſint exempti, obligabuntur ſub pœna contumaciæ ad allegationem exceptionis.

Pro confirmanda hac communi Interpret. ſententia, optimè facere videtur *l. 13. ſcire §. 8. ſcire autem iuncto §. 12. qui non ff. de excuſat. tut. & l. 1. §. qui excuſationem ff. de vacatione & excuſat. munerum.* Vbi dicitur, obſeruare omnes hoc temporis

ſpatium

Digitized by Google

ſpacium debere, qui qualitercunque excuſantur à tutela *d. l. 13. §. 3. obſeruabunt &c.* ſin autem quis ipſo iure tutus ſit, non habebit excuſationis neceſſitatem, neque ei quis opponet, quod conſtituta tempora non obſeruauerit, cum ipſo iure non teneatur, ideoque ceſſatio iniuncti perperam officii, ad periculum eius non pertinebit, *leg. quinto. neq; Cod. qui dare tutores &c.*

Porro Duarenus, quamuis ſupradictam diſtinctionem ſpeciem rationis habere fateatur, eam tamen reijcit, vt alienam à mente *I. C in l. 53. contumacia §. vlt. ff. de re iudic. & in l. vlt ff. de iuriſdict. omn. iudic.* Exiſtimat enim vocatum ad Prætorem, habere neceſſitatem allegationis incompetentiæ, & docere, ſe non eſſe ſuppoſitum iuriſdictioni citantis, hinc natam eſſe communem praxin, pronunciandi ſe competentem vel incompetentem &c. ſed ſi pergat Prætor, ius in eum dicere, poſſe vocatum impunè non parere, nec coerceri edicto, *ſi quis ius dicendi &c.* Hæc opinio ita intellecta, ſententia lata à iudice de competentia, periculoſa videtur, & quamuis *teſte Tacito*, vitio malignitatis humanæ, vetera ſemper in laude, præſentia in faſtidio ſint, coniecturam † tamen *Duareni in d. l. vlt. probabilem puto*, etenim ius dicenti extra territorium impunè non paretur, cum extrà territorium priuatus ſit *l. 3. ff. de offic. præſid.* non tamen poterit impunè contemnere in ius vocationẽ, aliud enim eſt ius dicere, aliud in ius vocare, nam qui vocat in ius, nondum ius dicit, ſed vt ius vocato dicatur, ideoque ſecundum Duarenum, citatus ſemper tenetur comparere, *& facit d. l. quinta. ſi quis, & d. l. 2. ex quacunq;*, ponderanda enim verba legum. 71

Quod ad † *d. l. 3. non videtur &c.* attinet, ſciendum eſt, vt quis in bonorum poſſeſſionem mittatur, fruſtrationis cauſa, reum latitare debere *l. 7. Fulcinius § eum 2 ff. quibus ex cauſis in poſſeſſ. &c.* in ea autem conditione non eſt, qui etſi præſens eſſet, iudicium ſuſcipere non compelleretur, quæ eſt ſententia *d. l. 3.* pro iuriſdictione tamen, mulcta damnari poteſt, qui 72

contemnit authoritatem Prætoris, vocati enim eſt venire, vt hoc ipſum ſciatur, an iuriſdictio Prætoris ſit, ſi enim priuilegiati in ea conditione ſint, vt vocati in ius venire teneantur, priuilegia ſua allegaturi, iuſtiori ex cauſa dicendum erit de aliena iuriſdictione vocatis, nulloque priuilegio ſubnixis, quæ eſt ratiocinatio Vlpiani *in dict. leg. quinta. ſi quis ex aliena &c.* quod ipſum non abſcurè colligi videtur *ex dict. leg. contumacia 53. §. contumaces, ff. de re iudicat.* Rectè enim conſiderata contrarium euincet, contumaces, inquit, non videntur, niſi qui cum obedire deberent, non obſequuntur, id eſt, qui ad Iuriſdictionem eius, cui negant obſequi, pertinent, vnde autem cognoſcitur, quem ad iuriſdictionem citantis non pertinere, ex negatione, allegando cauſas incompetentiæ, inſtanti autem non comparendo talem negationem comprehendi, occurrendum eſt, Prætoris eſſe æſtimare, an ſua iuriſdictio ſit, quo pertinet elegans deciſio *leg. ſecundæ. hac perpetua. Cod. vbi quis de Curiali &c.* Veterum ta-
73 men ſententia † & diſtinctio, communi calculo recepta eſt, *Mynſingerus centur. ſexta. obſeruat. ſeptima.* ſi enim conſtat de notoria incompetentia iudicis citantis, nihil periculi ſuſtinebit citatus, cum ſententia ita lata eum non conſtringat, ſin autem certum ſit, ratione perſonæ non competere, ſed ratione rei, iuriſdictionem, extrà territorium citari quis poterit, adeò vt iudex rei ſitæ, in contumacem citati, non comparentis, ad immiſſionem bonorum procedere poſſit, *Gail. lib. 1. obſ. 56. num. 4.* nam citatio quoties fit tantum ad notificandum, & certiorandum, tunc poteſt etiam fieri extrà territo-
74 rium, *tom. 1. Symph. part. 3. vot. 22. num.* 17. Priuilegio † autem ſubnixum, omninò comparendum eſſe exiſtimamus, *d. l. 5. ſi quis, verſic. nam &c. iuncto cap. perſonæ 7. de priuilegiis in ſexto.* adeo vt contrà executionem nec incompetentiæ exceptio, ab eo propoſita attendatur, cum contumax priuilegium fori allegare non poſſit, & ita ſæpius in Senatu Sabaudiæ obſeruatum fuiſſe, *refert Codex Fabrianus lib. 3. tit. 12. definit. 3 4. & 44.*

neq;

neq; ab eius exceptionis reiectione appellari poſſit. maximè
ſi nuncio exequenti dicat, ſi nolle reſpondere corám hoc iudi-
cio, *tom. 4. Symph. part. 1. voto 43. nu. 3. Rulantus de Commiſſa-
riis, part. 8. lib 8. de proceſſ. iudic. interrog. cap. 4. n. 2.* adeò, vt
† ne quidem vlterius ad audiendam ſententiam citandus ſit, 75
*cap 2. de dolo & contumacia. clem. 1 eod. tit. Maran. tit. vt rectè con-
cipiatur citatio, nu.* 19. neque etiam ad taxationem ſumptuum,
& liquidationem fructuum & ita definitum refert in Senatu
Sabaudiæ *Codex Fabrianus, lib. 7. titul. 18. definit. 59.* (quam-
uis ad audiendam pœnæ declarationem denuo citandum re-
ferat, *Mind de proceſſib. &c. lib. 2 de mandatis. ca. 17. n. 7. & 14.*

Porrò † contumaci nedum beneficium appellationis, ſed 76
etiam ſupplicationis denegatur, per doctrinam receptam in-
terpretum, per aliquam partis culpam interdicta de iure com-
muni appellatione, & denegatam cenſeri ſupplicationem, *Ia-
ſon in authen. quæ ſupplicatio, C. de precibus Imperat. offeren. Bende-
rus de reuiſionibus, concluſ. 25. Maranta, hoc tit. nu.* 14. nullitatis
tamen querelam intentare poſſe, colligitur ex *tom. Symph. 1.
part. 2. tit. 8 vot. 2. nu. 1. 2. & 3. tom. 4. part. 1. voto 43. nu. 25.*

Quandoquidem autem variæ pœnę in contumaces conſti-
tutæ ſint, non abs re me facturum exiſtimaui, ſi aliquas in
medium adferrem, non enim mei inſtituti eſt, ita me intra
cancellos huius materiæ continere, vt non liceat quandoque
occaſione data, huic tractatui & alias coniunctas proponere.

Sequens igitur † pœna contumacię ſit, vt perdat beneficium 77
excipiendi contrà commiſſarium, de qua re latè *Rulantus, lib. 2.
de proceſſ. Cam. in puncto Commiſſ. &c. cap. 13. num. 8* item præ-
ſentandi adiunctum, cum diſtinctione tamen, *de qua in nouiſ-
ſima Spirenſi conuentione Anno* 1600. §. *Daß in contumaciam &c.
cum ſeq. fol. mihi* 771.

Secunda pœna, quod teſtes, contumace abſente iurati, per-
indè habeantur, ac ſi præſens fuiſſet, *auth. ſed et ſi quis ab aliquo,
vbi Dd. communiter, C. de teſtibus,* quamuis ex dicta conuentio-
ne Spirenſi, citanda pars ſit, §. *jedoch ſoll auff/&c. fol.* 771.

Digitized by Google

78 Tertia † contumaciæ pæna ſtatuitur, ipſi iuriſdictionem in alia cauſa denegandam eſſe, *l. 26. ſed etſi, §. 6. & adijcitur, ff. ex quibus cauſis maiores &c. Iaſon, in l. iusiurandum §. ait Prætor, in ſecundo notabili: ff. de iureiurando &c. Maranta tit. de contumacia, num.* 17. & hac ratione iuriſdictionem & audientiam in Cam. Imp. denegatam cuidam contumaci, *refert Author præiud. Camer. in verbo contumacia, fol. mihi* 101. *ibi iudex legitimè.*

79 Quarta contumaciæ † pœna recenſetur, & contra contumacem fiat immiſſio, ex primo decreto, rei ſeruandæ cauſa, *cap. ex literis, 2. cap. contingit, 9. ext. de dolo & contumacia, toto tit. decretal. de eo qui mittitur in poſſeſſionem &c. Cicero, pro domo,* ibi an qui in ius vocatus eſt, ſi domi ſe contineat, eludere impunè iudicium poterit, edictis euocabitur, ſi non veniat, mittatur aduerſarius, in poſſeſſionem bonorum eius &c. hunc autem miſſum non poſſeſſionem, ſed tantum cuſtodiam cōſequi conſtat, *l. cum legatorum 12. ff. quibus cauſis in poſſeſſionem eatur. l. 5. is cui legatorum, ff. vt in poſſeſſionem legat. &c. l. 10. ſi quis. §. Pomponius ff. de acquirenda poſſeſſ. l ſi ſuo, §. Creditores ff. vti poßdetis. l. Fulcinius 7. §. 18 idem Celſus, ff. quibus ex cauſis in poſſeſſ. eatur, l. 5. is cui §. 22. qui legatorum, ff vt in poſſeſſ. legatorum. l. 15. ſi finita §. ſi quis damni 30 ff. de damno infecto, & §. 20. ſi quis autem l. 8 & 9. C. de bonis auth. indic. &c. cap. vlt. de eo qui mittitur in poſſeſſ. &c. cap. paſtoralis 11. § præterea ext. de offic. iudic. ordin. cap. fin. §. in aliis &c. cum ſeq. §. ext. vt lite non conteſtata.* Vnde *in l. 5. poſteaquam §. 1. Imperator ff. vt legat. nomine, &c.* vicaria cuſtodiæ gratia, poſſeſſio dicitur, *& in l. 5. is cui ff. vt in poſſeſſ. legat. &c.* non tam poſſeſſio ei, quàm cuſtodia datur, vt ſaltem tædio perpetuæ cuſtodiæ extorqueat hæredi cautionem &c. Vnde etiam Quintus Mutius, notatus huius rei nomine, à Paulo in *l. 3. poßideri, ff. fin. ff. de acquirenda poſſeſ.* quod inter genera poſſeſſ. poſuerit miſſionem ex primo decreto, quia cuſtodiæ cauſa res teneatur, *l. 2. ff pro hærede, l. 1. §. 9. quæſitum. ff. quod legatorum.*

An

An autem † idem probandum ſit in actione reali, quæſtio ſatis eſt perplexa, ſunt enim qui exiſtimant, in actione reali, quem ſtatim effici poſſeſſorem. 80

Primo, authoritate *l. ſi quis emptionis, §. ſed etſi C. de præſcriptione* 30. *vel* 40. *annorum*, in verbis, prior poſſeſſor &c. quæ ſanè minus conuenirent, ſi illum adhuc poſſeſſorem eſſe conſtitueremus, cum proprietas verborum, & natura relationis, hoc non patiantur.

Secundò, adducitur in conſiderationem principium *d. l.* 8. *ſi quis, &* §. 1. *&* 2. cum enim hi textus loquantur de his, qui veram poſſeſſionem amiſerunt, alienum videtur, *d. §. ſed etſi* 3. exaudiendum, qui nudam duntaxat cuſtodiam obtineat. 81

Tertiò, cum ead. *l.* 8. dictum ſit, regulariter malæ fidei poſſeſſorem, quamuis rem per 30. annos poſſederit, amiſſa poſſeſſione non habere actionem, ad eam recuperandam & duæ exceptiones ſubijciantur, contra naturam regulę, & exceptionis eſſet, de illo caſu exaudire, qui ad regulam non pertineat.

Deniq́ue inducitur *l.* 8 *conſentaneum. C. quomodo & quando, &c. leg.* 45. *à quo, ff. de damno infecto, cap. paſtoralis §. præterea de officio iudicis ordinarij*, commodius tamen adferri poterit, *lex. Tulcinius §. item videamus* 16 *cum §. ſin ff. quibus ex cauſis in poſſeſſ. vbi dicitur.* bona poſſideri venumq́; dari poſſe, *l.* 2. *ſi quis C. vbi in rem actio &c.*

Contraria † verum opinio, ſolidioribus argumentis ſubnixa videtur *primo, auth. cap.* 3. *tuæ. cap. vlt. § fin. ext. vt lite nō conteſt. cap.* 1. 2. 3. *&* 4. *extr. de eo. qui mittitur in poſſeſſ. cap.* 9. *contingit, ext. de dolo & contumacia*, quibus cauetur, poſt annum verum effici poſſeſſorem, ſecundo, huc pertinent *notata Cuiacij ad cap.* 1. *ext. de eo qui mittitur in poſſeſſ. &c. vbi ex cap.* 2. *in* 3. *collectione*, refert, de hac re amplius dubitandum non eſſe, in hæc verba, *ſi inquit, & ſecundo decreto ſe verum poſſeſſorem conſtitui poſtulauerit &c.* nec admittenda videtur ſolutio, verum poſſeſſorem ita reddi, vt cautioni & reuocationi locus 82

non ſit, ſeu ex primo decreto in actione reali, poſſeſſorem fieri, antè annum reuocabiliter, poſt annum verò poſſeſſionem acquiri irreuocabiliter, ſalua tamen proprietatis quæſtione, neque fructus lucro cedere poſſeſſori *gloſſ. in cap. contingit, extr. de dolo & contumacia*, quia hæc illatio non ſubſiſtit poſt annum, fieri quem poſſeſſorem irreuocabiliter, ergo ante annum erat poſſeſſor, ſed reuocabiliter, vt loquuntur interpretes, quia *ex dict. cap. 15. & l. 26. de eo, cum l. ſeq ff. de iudiciis, & leg. ſi duo §. Creditores. ff. vti poßidetis cum ſimilib.* conſtat quem mitti in poſſeſſionem cuſtodiæ tantum cauſa, abſurdum autem eſſet, ſuprà leges generaliter conceptas, ad actionem perſonalem reſtringere, nec quidquam facit, quod in quibuſdam locis, mentio fiat poſſeſſionis, vt *in d. c. paſtoralis, §. præterea &c.* nam eam quandoque ſumi conſtat pro detentatione, quam inter-
83 pretes antiqui, Tenutam vocant, & ſic † tam in reali actione, quàm perſonali, ſecundum decretum, interponi ſtatuitur, ſi iuſta cauſa videbitur, *l. ſi finita. 15. §. 21. non autem ff. de damno infecto &c. cum ſimilibus. Treutl. vol. 2 diſp. 18. th. 6. lit. C.* Intereſſe tamen exiſtimatur inter actiones reales & perſonales, vt
84 in perſonali actione, ſi dominus † fuerit reus, poſſeſſorem effici dominum, in quam ſententiam plerique duce vehuntur Accurſio, per *l. 1. ff. de fundo dotali. l. ſi res 5. iuncta. l 7. communi, §. planè 9. ff. communi diuidundo.* vbi dicitur, iuſſum poſſidere, habere rei vindicationem, *l. 15. ſi finita. § 16. Iulianus & §. 33. poſteaquam, ff. de damno infecto*; quibus cautur, dominum quem conſtitui ſecundo decreto, quare vſucapioni non erit locus, cum noſtra non vſucapiamus..

Coutrarium defendunt *Treutlerus volum. 2. diſp. 24 theſ. 3. lit. G. Vandus lib. 1. quæſt. 27. videlicet* non dominum, ſed vſucapiendi conditionem tribui hoc decreto, *leg. 3. §. fin. ff. de acquirenda poſſeſſ. leg. Prætoris, quinta. leg. damni decimo octaua §. non ſolum 15. leg. cum poſtulaſſem, 4.4. leg. 12 his qui pignori. ff. de damno infecto*, vbi ſtatuitur ſecundo decreto, quem non fieri dominum, ſed poſſeſſorem, & poſſidendo capi dominum

nium, quod ipſum confirmatur *leg. 15 ſi finita, §. 16. Iulianus, cum §. ſeq. & §. 23. & 27. ff. de damno infecto, l. 2. Cod. vbi in rem actio &c. l. conſentaneum, Cod. quomodo & quando &c. cap. vlt. §. in aliis, in fine ext. vt lite non conteſtata.*

Hactenus occupati fuimus, in recenſendis pœnis contumaciæ, quæ tamen non eo vſque porrigendæ, vt ea, iactura totius cauſæ mulctetur, *l. vt poſt 73. ff. de iudiciis, in hæc verba,* Agetur cauſa, & pronunciabitur, non vtique ſecundum præſentem, ſed interdum vel abſens, ſi bonam cauſam habeat, vincet, *& l. 27. diui fratres, §. fin. quod ſi, ff. de liberali cauſa.* Vbi dicitur, Quod ſi is, qui pro ſua libertate litigat, deſit, contradictor verò præſens ſit, melius erit inaugeri cauſam eius, ſententiamque proferri, ſi enim liquebit, contrà libertatem dabit, euenire autem poteſt, vt etiam abſens vincat. *leg. 13. properandum, §. 2. & ſiquidem, verſic. ſin autem ex geſtis. Cod. de iudiciis. leg. conſentaneum 8. Cod. quomodo & quando iudex &c.* idem iudicium eſt in cauſa criminali, vt ſi conſtet de innocentia contumacis, is condemnari non poſſit; quamuis pro confeſſo habeatur, *Bartholus. in leg. abſentem; ff. de pœnis.* ſed facesſit negotium, † *leg. contumacia 53. ff. de re iudicat.* qua cauetur, 85
damno litis contumacem coerceri, quæ verba cauſam principalem continent *l. litis 36. ff. de verborum ſignificat.* probabilis videtur coniectura *Duareni in dict. leg. 53. contumacia, & libr. 1. diſputat. capit. quinquageſimo, Roberti, ſentent. libro quarto cap. 20.* de eo, videlicet intelligendam, qui id quod extremum in iuriſdictione ſit, id eſt, vltimum non fecit, *l. vnica §. 1. ff. ſi quis ius dicenti &c.* Quamuis dici poſſet, non contumaciam nō reſtituentis, verbi gratia, rem, iacturam litis conciliare, ſed conditionem cauſæ; hanc impetrare, quia iam ſententia iudicis auferenda res ſit. Aliam interpretationem † in medium refert, 86
Petrus Gilken. in l. 13. §. & ſiquidem, nu. 27. C. de iudiciis, nimirum, *quod d. l. 53.* deſit, ſupplendum eſſe *ex d. l. 73. & aliis ſupra dictis.* Et hęc de vero contumace, quem maximè intelligimus, ſi cita-

ſi citatus ſit in faciem, vel perſonaliter, nam adhibita omni diligentia, ſi inueniri non poſſit, domi denunciatio facienda, quod notandum refert *Maranta, part. 6. tit. vt rectè concipiatur citatio num.* 126. alias inualidas eſſe citationes, *ait Alexand. in l. 4. dies, §. Prætor, 5 cum ſeq. per illum text. ff. de damno infecto, Ordinatio part.* 1. *tit.* 38. §. Zum ſibenden / &c. *Gregorius Tholoſanus tractat. partit. Iuris Canon. lib. 5 tit. 6. cap. 5. lit. P.* vbi refert ſufficere citationem factam ad domum habitationis viri, *eleganter Codex Fabrianus tit. 2. lib. 2. defin.* 1. ſi itaque illo abſente, domi denunciatio facta ſit, quod fieri poteſt, *leg. ſcire* 13. §. 1. *mulcta verſ. oportet autem ei &c. ff. de excuſat. tut. l. 5. aut qui, §. etſi fortè 2. ff. quod vi aut clam l. 4. §. prætor ait. cum ſeq. ff. de damno infecto.*

87 Hunc † præſumptum contumacem intelligimus, fieri enim poteſt, vt ita monitus defenſor exiſtat, *vt ait d. l. 4. §. toties, idem iudicium eſt, ſi edictum, publicè propoſitum ſit, leg.* 1 §. *præſides 2. ff. de requirendis vel abſentibus damnandis*, ibi edictis adeſſe iubeant, vt poſſit innoteſcere eis qui annotati ſunt &c. *Clementina.* 1. *de iudiciis*, quæ citatio facta ad domum ſeu per edictum propoſita, æque arctat citatum ad comparẽdum, ac perſonalis citatio, & non comparentem conſtituit contumacem, *d. clement.* 1. adeò vt proclama decerni poſſit, & procedatur tanquam contra perſonaliter citatum, maximè citatione, executa, ſecundum formam præſcriptam *in dict. ordinatione Camer. Imper. part.* 1. *tit.* 38 §. Zum ſiebenden / *tom. 2. Symph. part.* 1. *voto* 32. & 33. Nec obſtat *l.* 1. §. 3. *item. ff quæ ſententiæ ſine appellatione, &c.* vbi ex edicto peremptorio, quod in notitiam non peruenit, condemnatio nullius momenti eſt, quia ibidem duo coniunctim proponuntur, neque edictum propoſitum fuiſſe, neque perueniſſe in notitiam, ſi enim propoſitum fuiſſet, etiamſi ad ipſum non delatum condemnatio iure ſubſiſteret, quia præſumitur, in notitiam perueniſſe. *Clementina, quamuis §. ſi verò in fine, de foro competenti. Clement. cauſam circa medium, de elect. d. §. Præſides, 2. gloſſ. in l. ſi tutor, in verbo oſten-*

Digitized by Google

oſtendere, C. de periculo tutor. tom. 2. Symph. part. 2. vot. 26. num. 10. Sic quoq; conſtitutiones Principum, edictis propoſitis diuulgabantur vt in omnium notitiam perferantur, *l. vlt. C. de Decurionibus,* Theod. illuſtris authoritas tua ſtatuta noſtræ clementiæ edictis propoſitis ad omnem notitiam fieri præcipiat, & alibi. Illuſtris & magnifica authoritas tua legem ſaluberrimè promulgatam, edictis propoſitis, ad omnem notitiam *&c. de his pleniſſimè, Barnabas Briſſonius de formul. Roman. Imper. lib. 3. fol. mihi* 319. nam leges promulgatas ab omnibus præſumi cognitas, *videre eſt apud Menochium de præſumptionibus, lib. 2 præſumpt 3. & eleganter in ordinat. Camer. Imp. part. 2. tit. 30. §. fin.*

Citatio † itaque per edictum propoſita, præſumitur ad notitiam perueniſſe, cui ſtandum, donec idonea probatio inferatur, *cap. bonæ 33. ext. de elect. in verbis,* cum quilibet poſſit aſſerere de ſe, quod ad eum citatio minimè perueniſſet, *l. generaliter,* 24. §. 8. *ſed etſi ita ſcripſit verſic. ſed cum ex præſumptione &c. ff. de fideicommiſſar. libertatib.* 88

Secundo † illum præſumptum contumacem, ſeu fictum appellamus, qui ex cauſa deſertionis appellationis damnatus eſt, huic enim, ex ea cauſa beneficium appellationis auſferendum non eſt, *Gail. lib. 1. obſ.* 138. *num.* 4. *vbi refert hanc vt communem opinionem, in Camer. obſeruari,* diſtinctio tamen adhibenda videtur, *ex cap. ſæpè* 44. *vbi Cuiacius ext. hoc tit. de qua re ſuprà hoc capite.* Etenim quamuis, ſecundum Dd. *in l. diffamari C. de Ingenuis &c.* contumax in non agendo à beneficio appellationis excludendus non ſit, ſi tamen apertè dicat, ſe diffidationis cauſas non propoſiturum, neq; venturum, in ea cauſa erit, vt ſibi illud polliceri non poſſit. 89

Tertio præſumptus contumax dici poterat, qui citatione ad cognitionem ipſius delata, impeditus fuerit, vt puta, ſi ob breuitatem termini, comparere non potuerit, *Menoch. de arbitr. iudic. lib. 2. cent. 2 caſu 153. num. 1. & caſu 154. num. 6. Gregorius Tholoſan. tract. partit. Iur. Canon. lib. 5. tit. 6. cap. 5. lit. K.*

& obſ. 45. nu. 1. D. Legi. 2. §. 2. ſi Procurator &c. reſponderi poterit, non puniri dominum, ſed Procuratorem, ſi pœna aliqua afficiatur, nec præſtitam pœnam à domino recuperare poſſe, *l. 46. qui proprio, §. item contra, 5. ff. de procurat.* ſui enim facti nomine pœnam meruit, *l. ſi communis 9. ff. de noxalibus action.* quò pertinet doctrina Baldi, cui ſubſcribit *Sichardus in l. 3. numer. 7. Cod. de procurat. Gail. d. obſ. 89. num. 3.* contumaciam Procuratoris circa cauſæ proceſſum, nocere domino, cui imputandum, quod tali negotio commiſerit, *l. 23 cum ff. de minoribus.*

Nec obſtat *l. 49. ignorantis ff. de Procurat. l. 11. Procurator §. 1. ff. de doli mali & metus exceptione.* non enim erit damnoſa contumacia, quæ dolus eſt, domino, cum actione mandati recuperet omne damnum. Si tamē contraria opinio,† tanquam 61
benignior ſequenda ſit, competet huic, ſicuti & reliquis præſumptis contumacibus, beneficium appellandi, intrà decendium à tempore ſcientiæ, *leg 73. & poſt §. 3. ſciendum §, de iudiciis. leg. ab eo tertia. leg. fin. Cod. quomodo & quando Iudex, quam l. rectè de præſumpto contumace intelligendam puto. leg. quarta ſi in quem Cod. de liberali cauſa, Clement' ſiue antè, de dolo & contumacia, Author præiudic. Camer. in verbo citatio, fol. ſeptuageſimo ſecundo ibi, citatus ad domum &c.* & in verbo contumacia, in fine, vbi traditur citatum ad domum præſumptum contumacem cenſeri, & à tempore ſcientiæ appellari poſſe, (licet alij ſtatuāt à tempore ſententiæ intrà decem dies numerandos, appellandum eſſe) modo citatio facta ad domum, à domeſticis ei denunciata non ſit, *Gregor. Tholoſanus in tract. partit. 1. Can. lib. 5. tit. 6. cap 6. lit. S.*

Ex his ita deductis colligere eſt, alicui iudicij dicta die, ſi ad ſtatutum diem præſto non ſit, non continuò contumacem eſſe, ſed eum, qui cum obtemperare iudici poſſet, id contemnit, *d. l. 73. §. fin. l. contumacia 53. ff. de re iudic. cap. 43. certum, 11. q. 3.*

Perſequamur reliquos quibus appellatio deneganda,

Quarto itaque non prouocat, qui contra ſe prius factam appellationē contempſit, dignus enim eſt hac pœnæ viciſſitudine, *cap. 43. conſtitutis. cap. an ſit 42. ext. hoc tit. cap. bonæ 23. ext.*
92 *de electionib.* Similiter † indignus auxilio eſt, qui dum leges inuocat, contra eas commiſit, *l. auxilium in fin. ff. de minoribus, cap. 14. quia fruſtra, ext. de vſuris. cap. fin. de immunitate Eccleſiæ*, huius rei, elegans exemplum reperitur *apud Liuium libr. 3 decad. 1. fol. mihi 221. ibi ſequitur aliud in vrbe nefas &c.* Appius Claudius de vindicijs dandis, ſecundū libertatem legem tulit, vt ordinato liberali iudicio, interea pro libero habeatur is cuius de ſtatu controuerſa ſit, id eſt, vt interim retineat poſſeſſionem libertatis, quam legem à ſe latam infringere conatus eſt, cum Appium virginis Plebeiæ ſtuprandæ libido cœpiſſet, eamq́ue pretio & ſpe pellicere adortus, omnia pudore ſepta animaduerteret, ad crudelem ſuperbamq́ue vim animum cōuertit, Marco Claudio clienti negotium dedit, vt virginem in ſeruitutem aſſereret, neq́ue cederet ſecundum libertatem poſtulantibus vindicïas, obiectam autem ipſi legem latam de vindicijs, ſecundum libertatem dandis, ſubtili calumnia eludere conabatur, ne proderet obſcœnam cupiditatem explendæ ſuæ libidinis, ita demum in ſua lege firmum libertati præſidium fore, ſi nec cauſis, nec perſonis variaret, in ijs enim, qui in libertatem aſſerantur, quia quiuis lege agere poſſet, id iuris eſſe dicebat, in ea, quæ in patris manu ſit, neminem eſſe aliū, cui dominus poſſeſſione cedat, quaſi vbi Pater libertatis aſſertor, & dominus ſeruitutis contenderent, cederet dominus Patri, nunc cum ille abſit, æquum dominum potiorem eſſe, hac tamen calumnioſa ſua declaratione non obſtante, cum in vincula duci iuberetur, ait ſe appellare Tribunos, aut ſi Tribuni eodem fœdere obligatos ſe fateantur, tollendæ appellationis cauſa, ſe prouocare ad populum, implorare leges de prouocatione, & conſulares, & Tribunitias eo ipſo anno, latas. Contrà hæc, Virginius, non permittendum eum prouocare, qui prouocationem ſuſtuliſſet, & implorare præſidium populi,

puli, quia omnia iura populi obtriſſet, &c. quod iure ipſi Appio obiectum fuit, Ludibrio enim eſſent leges, ſi modo eas contemnere, modo amplecti liceret, quod ferendum non eſt, ęquum quod quis fecit, patiatur nec aſpernari debet, idem ius ſibi dici, quod alijs dixit, vel dici effecit, *leg. 1. ff. quod quiſq. iuris &c.* huius rei exempla apud Val. Maximum *lib. 8. cap. 6.* contrà ius inquam, quod ipſe ex veteri iure in duodecim tabulas transtulerat, filiæ vindicias abdixit, *vt ait l. 2. §. & cum placuiſſet, 24. ff. de origine iuris.* Cuius §. verba, properantem me alio pauliſper adhuc commorari coegerunt;

Etenim quid ſint vindiciæ, non conſtat inter interpretes, & quidem *Cuiacius in d. §. 24. in verbo cum Brutus*, exiſtimat, à ſeruo Vindice, quem Brutus liberum dixit, venire nomen vindiciarum, quæ ſecundum libertatem dicuntur, *Balduinus ad l. Romuli* 44. varias huius nominis, (vindiciæ) ſignificationes adfert, verior hæc interpretatio videtur, † quod vindicię, ap- 93
pellentur res illæ, de quibus controuerſia eſt &c. *videatur Briſſonius de formulis Rom. Imp. lib. 5. fol. mihi 376.* Conſtat enim veteres appellaſſe vindicias, de rei poſſeſſione quæſtionem, vt poſſeſſor ſatisdet, pro præde litis, vindiciarum, aduerſario ſuo, ſe nihil in poſſeſſione, deterius facturum, quod ſi nollet ſatisdare, ſecundum aduerſarium, dabantur, ſeu dicebantur vindiciæ, *Paulus lib. 5. ſentent. cap. 11. l. 5. poſtquam §. 1. Imperator, ff. vt legatorum ſeu fideicommiſſ. nomine &c. Raynaldus Corſus, lib. 2. cap. 7. ſic dictæ*, quod is qui obtineret, prædem dare deberet, id eſt, ſatisdatorem locupletem, de qua re omninò videatur *Briſſonius d. lib. 5. fol. mihi 393. Menochiùs, remedio tertio, retinendæ poſſeſſ. num. 8. & 812.* Ne quis autem putet, hanc inueſtigationem infructuoſam, ex prædictis † vera interpretatio ad- 94
ferri poteſt, *ad l. vnicam. C. vti poſſidetis, cuius l. auth. in foro receptum eſt*, vt condemnatus in interdicto, vti poſſidetis, obligetur, ad præſtandam cautionem, de non turbando &c. *Gail. lib. 1. obſ. 116. cum tamen aliam interpretationem recipiat, Menoch. d. loco. Baldui. ad l. Romuli* 48. quam hactenus non intellectam

 dicit,

dicit, aliam adfert *Duarenus lib. 1. diſp. 1. cap. 21. Fachineus lib. 8. controu. &c. cap. 14.*

Deniq; qui litem vindiciarum rectè intelligit, intellectum materiæ momentaneæ poſſeſſionis conſequi poterit, quam quidam vocant INTERIM, alij CREDENTIAM &c. rectius VINDICIAS vocare poſſumus, vti animaduerit *Gilkennius in auth. offeratur, C. de litis conteſtation. n. 120. & 192.*

Sed reuertamur, vnde digreſſi ſumus, Quinto, non appel-
95 lat, † qui ideo agere cauſam fruſtratur, quod dicat, ſe libellum Principi dediſſe, & ſacrum reſcriptum exſpectare, *l. 4. eius qui, ff. de appell. recip. vel non*, quod adeò ſequendum, vt ſi Iudex pronunciet antè impetratũ reſcriptũ, appellatione nõ interpoſita, ſententia virtute reſcripti poſtea ſecuti, non retractabitur, *l. 1. Cod. vt lite pendente, vel poſt &c. l. 3. Cod. ſententiam reſcindi non poſſe*, nec ſupplicationis auxilium competet, *l. fin. C. vt lite pend. &c.* aliud autem videtur ſtatutum Iure Canonico, *cap. 9. meminimus. cap. 30. ad hæc, ext. hoc tit.* quæ declarata videntur *cap. vt debitus 59. ext. eod. ibid. gl. in verbo ſi dicat*, vbi diſponitur, iudicem in cauſa procedere poſſe, etiam ſi aduerſarius proponat, ſe nuntium ad ſuperiorem deſtinaſſe, & ſi ob hoc appellet, appellatio non recipienda erit, *dict. l. eius, 4. cap. non ſolent, 30. 2. q. 6.*

Cæterum, qui excludantur ab hoc beneficio, *videatur lex. nulli. l. 4. l. penult. C. quorum appellation. &c.* vt ſi exigatur ratio functionis, publici aut priuati calculi, ſi ſtatuatur apertio teſtamenti, *& tot. tit. ff. & C. de appell. recip. l. quoniam 6. Cod ad l. Iuliam de vi publica, l. vnica in fine, C. de raptu Virginum, cap. 18. vt inquiſitionis, de hæreticis in 6. cap. Romana §. præterea, cap conſuluit, 14. capit. quia nos, 32. cap. præterea 22. capit. 13. peruenit. extr. hoc titul. capit. 3. §. ſi autem, eod. in 6. capit. 4. capit. 41. ei qui, §. ſunt etiam, cum ſeq. 2. quæſt. 6. vbi paſſim multi caſus recenſentur.*

96 Inter hos, primo notandum eſt, † ſponte confeſſos & conuictos excludi, ab hoc communi auxlio, *l. 18. cum reis, C. de pœnis, l.*

nis, l. 2. obſeruare, C. quorum appellationes non recip. &c. vbi vltrà argumentis conuictum teſtibus ſuperatum, voce etiam propria vitium, ſcelusque confeſſum quem eſſe oportet, & quidem ſponte, † nam extortæ confeſſioni fidem accommodare, res eſt fragilis, periculoſa, & quæ veritatem fallat, *cap.* 1. 15. *q.* 6. *nam vt text. in l.* 1. §. 23. *quæſtioni, ff. de quæſt.* ait, Quæſtioni fidem non ſemper, nec tamen nunquam habendam, conſtitutionibus declaratur; etenim res eſt fragilis, & periculoſa, & quæ veritatem fallat, nam plerique patientia ſiue duritia, tormentorum, ita tormenta contemnunt, vt exprimis eis varitas nullo modo poſſit, alij tanta ſunt impatientia, vt quæuis mentiri, quam pati tormenta velint, ita fit, vt etiam vario modo fateantur &c. Huius rei refert exemplum *Valerius Maximus libr.* 8. *capit.* 4. *de M. Agri.* Argentarij ſeruo, qui Alexandrum C. Fannij ſeruum occidiſſe, inſimulatus eſt: eoque nomine tortus à domino, admiſiſſe ſe id facinus conſtantiſſimè aſſeuerauit, itaque Fannio deditus ſupplicio affectus eſt; Paruulo deindè tempore interiecto, ille cuius de nece creditum erat, domum redijt, prout plura ibidem referuntur, adde *Menochium de arbitr. iudic. lib. ſecundo. centur.* 3. *caſu.* 269. 97

In eadem cauſa, eſt conuictus tantum, *d. l.* 2. quæ copulatiuè vtrumque requirit, hinc † quidam exiſtimant. *in d. l.* conuictum legitimè poſſe ſubijci quæſtioni, vt confeſſus delictum appellare nequeat, *arg, d. l.* 2. *in fine.* quæ opinio iure probari non poteſt, nuſquam enim inuenitur, ad tormenta eſſe veniendum, vt appellationis auxilium auferatur, ſed tunc demum ijſdem locum eſſe, cum ſuſpectus eſt reus, & alijs argumentis ita probationi admouetur, vt ſola confeſſio deeſſe videatur, ad quam peruenitur per tormenta, *leg.* 1. §. *ſed epiſtola, iuncta leg.* 8. *ff. de quæſt. & l. vnius* 18. §. 2. *in ea cauſa, ff. eodem,* in ea cauſa, inquit I. C. Paulus, inqua nullis reus argumentis vrgebatur, tormenta facilè adhibenda non ſunt, ſed inſtandum accuſatori, vt id, quod intendat, comprobet, 98

bet, atque conuincat. *& l. vlt. ff. eod. tit.* Hinc *Valer. Maximus lib.* 8. *cap.* 4. quæſtiones adhiberi ait, quibus aut creditum non eſt, aut temerè fuit habita fides, *huc pertinet, quod tradit Briſſonius de formulis Rom. Imp. lib.* 3. *fol.* 329. mandatis Principum comprehenſum fuiſſe, vt nocentes confeſſi damnarentur, negantes autem ad tormenta reuocarentur ex Tertulliano, in hæc verba, Quid enim tibi amplius mandatur, quam nocentes confeſſos damnare, negantes autem ad tormenta reuocare? videtis ergo, quando vos contra mandata facitis, vt confeſſos negare cogatis &c.

Deniq; repugnat *d l.* 2. *C. quor. appell.* quia dicitur, teſtibus cõuicto ſi minimè voce ſua confeſſus ſit, aut formidine tormentorũ territus contra ſe aliquid dixerit, prouocandi licentiam non denegandam, *videatur Couarr. pract. quæſt. cap.* 23. *n.* 5. *& Flaminius Chartarius, de execut. ſentent. cap.* 1. *num.* 87. vbi multis probat, doctrinam Baldi non ſubſiſtere, conuictum torqueri poſſe, ne appellet.

99 Sed quæſtionis eſt, † an confeſſus tantum in cauſa ciuili audiendus ſit? & concluditur, ipſius appellationem recipiendam non eſſe, non probata cauſa erroris, *argument. l.* 13. *generaliter, C. de non numerata pecunia, gloſſ. in cap. Romana, §. ſin autem, hoc titul. in 6. Gregorius Tholoſanus Syntag. iuris &c. lib.* 50. *cap.* 2. *poſt num.* 20. Maior difficultas eſt, quid probandum ſit in cauſa criminali, & hunc audiendum quidam exiſtimant, *per d. l.* 2. *obſeruare,* in cuius opinionis confirmationem adduci poterit reſcriptum Diui Seueri, de quo *in l.* 1. §. 17. *Diuus, ff. de quæſt. in hæc verba,* Diuus Seuerus reſcripſit, confeſſiones reorum, pro exploratis facinoribus, haberi non oportere, ſi nulla probatio religionem cognoſcentis inſtruat, quibus accedat, §. 27. *ſi quis vltrò, eod. tit.* ſi quis vltrò, ait Vlp. de maleficio fateatur, non ſemper ei fides habenda eſt, nonnunquam enim, aut metu, aut qua alia de cauſa in ſe confitentur &c.

Repugnant autem alij, quos refert, *Iulius Clarus, ſentent lib.* 5. *§. fin. q.* 94. *poſt. n.* 1. *Rulantus, part.* 3. *lib.* 8. *de proceſſ. iudic. interro-*

terrogat. cap. 13. *nu.* 21. videlicet denegandum hoc beneficium appellationis confeſſo eſſe. In quam rem ponderari poteſt *tex. in d. l.* 2. *obſeruare*, videtur enim requirere ſolummodo confeſſionem liberam rei, nec teſtibus, nec argumentis fidem accommodandam, non accedente libera confeſſione rei, quaſi totum in ea conſiſtat, iuxta illud Ouidij.

Non eſt confeſſi cauſa tuenda rei &c.

Et qui quodammodo ſua ſe ſententia condemnat, Quæ opinio generaliter intellecta, non videtur iure ſubſiſtere, quod enim *Tex. in d. l.* 2. *obſeruare*, requirat, quem eſſe confeſſum, non eo pertinet, vt ſola confeſſio, quem eo periculi conſtituat, ne ſibi hoc commune auxilium polliceri poſſit, ſed quod teſtibus, & argumentis, tantum deferendum non ſit, ſine adiuncta libera confeſſione rei, neque hæc ſufficiens exiſtimetur, ſi probatio religionem cognoſcentis non inſtruat, *cap. fin. §. nullus, cum §. ſeq* 2. *quæſt.* 6 Vltra confeſſionem, inquam, quem conuictum eſſe oportet, *Gregorius Tholoſanus libr. partit. iuris canonici* 5. *titul.* 15. *capit.* 2. *lit.* D. *vbi in principio, l. ſi qua*, 244 *ff. de verb. ſignificat.* intelligit de damnato & confeſſo.

Conciliatio exiſtimantium, intereſſe, inter ius ciuile, & canonicum, *per cap. cum Romana, §. ſin autem, hoc titul. in* 6. amplectenda non eſt, nam verba *dict. §. ſin autem*, vel de quo quis iure confeſſus extitit, *iuncto cap. cum ſpeciali* 61. §. 1. *eod. hoc tit.* ſolutionem præ ſe ferunt, confeſſiones enim ſolæ reorum prohibentur, pro exploratis criminibus iure haberi, *d. l.* 1. §. *Diuus. &* §. 27. *ff. de quæſt.* Aliter *Maranta*, *hoc titul part* 6. *poſt nu.* 292. Conſule *Couarruuiam pract. quæſt. cap.* 23. *verſ* 2. *concl. Gail. lib.* 1. *de pace publica, cap* 15. *num* 8

Ex his reſolui poteſt quæſtio agitata à Dd. an ſtante ſtatuto, quod contumax habeatur pro confeſſo, is poſſit appellare? Et quidem in appellatione allegata legitima cauſa, quæ hanc fictam confeſſionem reſultantem ex contumacia excuſet,

eam non reijciendam, tradit *Flaminius Chartarius de execut ſent. nu.* 59. 104. *&* 261. vbi diſſentientes allegat.

100 Porrò † moribus receptum eſt, iure confeſſum ſiue ſponte, ſiue metu tormentorum, appellantem non audiri, imo quod magis eſt, *ordinatione criminali Caroli V. art. 67. & 69. fol. mihi,* 15. ſancitum, reum, per duos aut tres teſtes ſpectatæ fidei conuictum, condemnandum eſſe, etiam ſi nulla confeſſio ab eo elici poſſit.

Verum his expoſitis, reliquum eſſe videtur, vt ſupra dictis legibus & capitulis, caſus comprehenſos, quibus denegatur appellatio, qua poſſumus breuitate, expediamus.

101 Secundus itaque caſus eſt, † vt vocato ad tutelam, ab hac nominatione, appellatio non concedatur, *l. 1. §. ſi quis tutor, ff. quando appellandum,* ſed tantum à propoſita & reiecta excuſatione, *l excuſationis,* 3. *l. tutores,* 18. *C. l. ſcire,* 13. *ff. de excuſat. tut. & d. §. ſi quis tutor.* & ita definitum in Senatu Sabaudiæ, *refert Codex Fabrianus, lib 7. tit. 26. def* 8. *& lib. 7. tit. 29. defin.* 1. iniuſta autem probata appellatione, ſi quid damni per moram appellationis, pupillis acciderit, ad tutorem pertinebit, *l. 1. ff. ſi tutor vel curator, &c. l. 39. tutores, §. 6. tutor ff. de adminiſt tutor l. ſi quis Tutor* 60. *§. quid ergo* 4. *ff. de ritu nuptiarum, l quanquam* 15. *C. de excuſat. Tutor. l. Tutor* 20 *ff. de adminiſt. tut.* quia vt inquit *Tex. in d. §. tutor.* 6. non videtur leuis culpa contrà iuris authoritatem, mandatum tutelæ officium detrectare, alia

102 cauſa eſt eorum, † qui ad aliquod munus, vel honorem vocantur, nam non aliter allegare poſſunt cauſas immunitatis ſuæ, quam ſi appellationem interpoſuerint, *l 1. §. alia 2 ff quando appellandum &c. l. 21. Imperatores. § ſi Magiſtratus 2. ff hoc titul. l. 1. ff. de vocatione & excuſatione munerum, l. 7. hi qui, l 11. C. hoc tit. l. 1. Cod de temp. appellat. Codex Fabrianus dict. lib. 7. tit. 27.* ſi tamen propter appellationis negotium dilatum, Reſpublica damnum, quod paſſa ſit, ipſi agnoſcent, *d. l. 21. §. ſi Magiſtratus, ff. hoc tit. l. 1. ff. ſi tutor, vel curator &c.* Vnde, infert Angelus

gelus *in l* 1. §. *ſi quis, ff. quando appellandum*, exemptos, ſi patiantur ſe inſcribi in libro ſoluentium, neq; appellationis auxilio vtantur, conſenſu deſcriptionem confirmaſſe cenſeri, nec amplius audiendos, *argumento l. veteranos* 5. §. 2. *ſed veterani, ff. de veteranis, l. ſi qui, 7. l. cum Ciues* 11. *C. hoc tit. Maran. hoc tit. n.* 325.

Tertius caſus notandus eſt, vt in eorum perſona appellatio locum non habeat, quos damnatos publicè intereſt, *l.* 16. *conſtitutiones. ff hoc tit. l.* 6. *ſi quis* §. *qui tamen* 9. *verſic. niſi fortè &c. ff de iniuſto, rupto, & irrito &c.*

In hac cauſa † conſtituo quoque læſæ maieſtatis damnatum, nam *Cicerone atteſtante, Philippica prima*; ſingulari iure antiquitus receptum fuit, vt Lege Iulia de maieſtate damnati appellatio impermiſſa fuerit, ibi altera promulgata lex eſt, quam Iulium Cæſarem tuliſſe refert, *eamq; tuetur aduerſus Antonium, Balduinus, ad tit. inſtit. de public. iudic in princip.* In cuius rei vlteriorem probationem conſiderari poteſt, *dict. l. conſtitutiones*, 16. *ſi ſecundum Guidonis Papæ interpretationem*, hoc tract. de appellat. numer. 87. verbum, factio, pro proditione, contrà Principem, & ad perduellionem ſeu proditionem referamus, quamuis alij, factionum Duces vocent, qui populum in diuerſas ſtudiorum partes agant, quemadmodum *Iulius Cæſar, lib.* 1 *de bello gallico*, Galliæ totius, factiones duas eſſe ſcribit. 103

Item inſignes latrones non prouocant qui & famoſi dicuntur, *l.* 28. *capitalium*, §. *fin. famoſos ff. de pœnis.*

Prædictis adiungimus authores ſeditionum, qui populum ad arma concitant, *d. l. capitalium*, §. 3. *ſolent, l. ſi quis*, §. 9. *authores* 2. *de pœnis.*

Idem iudicium eſt, † ſi crimen ſit notorium & manifeſtũ, *cap.* 5 *cum ſit in fine, ext. hoc titul.* vbi refertur, Diuum Paulum manifeſtum inceſtuoſum abſentem & irrequiſitum damnaſſe, *cap. Romana*, §. *ſi autem hoc titul. in* 6. videlicet eum damna 104

non recipiuntur. huc meo iudicio † commmodè referri poſſunt, quæ de Reichsanlagen / id eſt, Imperij contributionibus ſtatuuntur, vt eas inferre detrectans audiendus non ſit, *vt paßim videre eſt in Comitiis Imperij. Anno 66* §. Darwieder auch / ꝛc. *fol mihi, 561. Anno 94.* §. Darwieder / ꝛc. *fol. 711. & Anno 98.* §. Vnd damit / ꝛc. *fol. 739. promulgatis*, vbi, & alibi, ſancitum reperitur, da die Vnderthanen in vngehorſamer Wiederſetzigkeit befunden / vnd jhre gebührende / vnd auffgeſatzte Anlag / zu angeſtelten / vnd beſtimbten terminen / vnd Verzielungen / nicht lieferen werden / daß darzu von jhrer Obrigkeit / durch gebürliche Mittel vnd Weg / vermöcht / vnd angehalten / darwieder auch ſolchen widerſetzigen / vngehorſamen Vnderthanen / oder ſäumigen / gegen jhrer Obrigkeit / an vnſerm Käyſerlichen Cammergericht / keine Proceß erkent werden ſollen / id eſt, vt ad ſolutionem &c. præfixo & conſtituto tempore, inferre detrectantes compellantur, ipſisque in Camera Imperiali nulli proceſſus decernantur. Et hæc ſufficiant de his, qui ſibi hoc beneficium appellationis polliceri, & non, poſſint, plura deſiderans, conſulat *Speculatorem, Marantam &c. & alios &c.* 105

CAPVT III.

A qua cauſa appellatio interponi poſsit, & à qua, Iure improbetur.

SVMMARIA.

1. *Quatuor ſpecies ab Interpretibus tradi appellationis.*
2. *Commodius tamen eſſe, duas ſpecies conſtitui, licet à quibuſdam improbetur:*
3. *Refertur & tertia ſpecies, quæ vocatur appellatio ab abuſu, & ea cuius conditionis ſit, remißiuè.*
4. *Extrà iudicialem appellationem variè conſiderari à Doctoribus,*

ribus, & de intellectu cap 5. cum ſit ext de appellat.

5. Appellationem extraiudicialem eſſe propriè prouocationẽ ad cauſam, habereq́; vim cōuẽtionis, ſeu vocationis in ius, ideoq; coram iudice ordinario aduerſarium conueniendum eſſe.

6. Generaliter ab omni cauſa licitam eſſe appellationem, niſi expreſſe interdicta reperiatur.

7. Appellans ne conuicietur Iudici, à quo appellauit, alias puniendus, exemplum refertur in Sicinio Aemiliano &c.

8. Appellationem à cauſa criminali ex notiſſima Germaniæ conſuetudine nec etiam in Cam. Imp. recipi, eam tamen, ratione nullitatis principaliter intentatæ eo deduci poſſe.

9. Multis illuſtratur, inaudita cauſa, neminem damnandum.

10. Tertij appellationem pro intereſſe ſuæ Iuriſdictionis, etiam in cauſa criminali admitti, idq; præiudiciis confirmatur.

11. Quam ſignificationem recipiat, hoc vocabulum, Leibſtraff/ & num. 14.

12. An cauſa iniuriarum criminaliter intentata . ad Cam. Imper. deduci poſſit? diſtinctionis fœdere reſoluitur.

13. Iudicium criminale eſſe, ſi agatur ad pœnam Fiſco inferendam, & difficultas ſublata, ex L. Caius, ff. ad Senatus Conſ. Syllanianum.

15. Pœna corporali ex gratia in mulctam commutata, an appellationi locus ſit.

16. Cauſam dubitandi præbet l. 12. quoad ſtatum, ff. de pœnis.

17. Declaratum, qua ratione, à mulcta interpoſita, appellatio ſubſiſtat.

18. Non paſſim cauſas per appellationem ad Cameram Imperialem deuolui poſſe, niſi ſumma ſit ordinationi conformis, quæ nunc eſt 300 fl.

19. Excipiuntur cauſæ iniuriarum, cum temperamento tamen ibidem adducto.

20. Declaratum, an idem procedat in reditibus reluitioni non obnoxiis.

21. Si ſumma priuilegiis ſtatibus Imperij conceſſis, non ſit conformis.

mis, non admittitur appellatio, eorum tamen rationem non haberi, mota quæſtione principaliter ſuper nullitate, & an per modum ſupplicationis, cauſa ad Cameram deduci poßit?

22. *Stari iuramento appellantis, ſi dubitetur, ſummam appellabilem eſſe.*

23. *Pro fundanda iuriſdictione, petitio, an verò condemnatio conſideranda ſit, difficultas mota, ex l. cum quædam 19. §. 1. ff. de iuriſdictione omnium iudic. iuncta l. 37. in offerendis, C. hoc tit.*

24. *Hanc quæſtionem deciſam eſſe ex Senatusconſulto Cameræ Imperialis.*

25. *Coacervatio ſummarum an admittatur, vt ſumma fiat appellabilis.*

26. *Intereſſe, an vna actione plures ſummæ in petitionem deducantur, an verò pluribus actionibus actum eſſe proponatur, idq́; præiudicio confirmatum.*

27. *Singularum actionum naturam & qualitatem eſſe deſiderandam, & tot appellationes cenſeri, quot ſententiæ &c.*

28. *Cumulationem ſortis & vſurarum admitti, vt ſumma fiat appellabilis, idq́; præiudiciis confirmatum.*

29. *Opinio Græuæi exiſtimantis penſiones ſorti non eſſe numerandas, an ſubſiſtat.*

30. *De iure ciuili regulariter à ſententia definitiua, eaq́; valida, tantum appellari.*

31. *A ſententiis nullis interpoſita appellatione, eaq́; deſerta pronunciata, ſententiam non tranſire in rem iudicatam.*

32. *Si condemnatus tempore dictæ ſententiæ, in rebus humanis non fuerit, ſententiam nullius eſſe momenti, & quid ſtylo Cameræ Imperialis receptum ſit.*

33. *Referuntur aliquot ſententiæ nullæ, à quibus neceßè non ſit prouocari & num. 34. 35.*

36. *Sententia Legis, cum prolatis 32. ff. de re iudic.*

37. *Species & deciſio L. 27. præſes, ff. eod. tit.*

38. *Sententia lata pro falſo Procuratore, an in præiudicium aduer-*

ſarij

ſarij ratificari poßit? cum diuerſis Dd. argumentis & ſententijs.

39. Sententia lata à iudice, falſis teſtibus, aut inſtrumentis circumſcripto, an ipſo iure nulla ſit, an verò beneficio reſtitut. in integrum reſcindenda?

40. Authores & argumenta partis affirmatiuæ.

41. Contrariæ partis Aſſertores, & leges, atq; rationes, quibus hoc defendunt.

42. Reſolutio huius quæſtionis.

43. Intellectus L. Diuus 33. ff. de re iud.

44. Alleganti ſententiam latam, ex falſis inſtrumentis, quid incumbat, & num. 47.

45. Excuſſum, an requiratur coniunctim, teſtes falſa depoſuiſſe, & corruptos falſa dixiſſe, an verò alterutrum ſufficiant, & hoc benignius eſſe.

46. An interuenire debeat dolus ſcientis inſtrumenta falſa, vt retractetur ſententia.

48. Lex, ſi ex falſis, C. de tranſactionibus declarata.

49. Falſitate detecta, citra in integrum reſtitut. ſententiam eſſe nullius momenti, quia falſitas eam inficiat, vitio intrinſeco & formali.

50. Mandata ſub & obreptitie impetrata, & inde ſecuta circumduci.

51. L. ſi quis 29. ff. de falſis, explicata.

52. Venales ſententias nullius valoris eſſe, & de pœna iudicis corrupti, remißiuè.

53. Iudicem ſententiam nullam, quoad ſubſtantialia, corrigere, mutare non poſſe, ſiue benè, ſiue malè functus ſit officio. licet aliud ſit in declaratione ſententiæ, qua in re quid obſeruandum.

54. Qua ratione, iudicis officio nobili, ſententia retractari poßit.

55. Iudicem ordinarium denuo de cauſa cognoſcere, & primam ſententiam nullam, renouare poſſe.

56. An

56. *An poteſtas iudici, reuocandi interlocutoriam concedatur, additis legibus, partis negatiuæ.*
57. *Contrarium tamen receptum, idq́ confirmatum præiudiciis.*
58. *Sententia ita prolata, ſi probatum ſit, an ſubſiſtat.*
59. *Quæ ſententiæ citrà appellationem reſcindantur remiſsiuè.*
60. *An appellationi locus ſit, à confirmatoria primæ ſententiæ.*
61. *A ſententia interlocutoria, ſecundum ius ciuile, & Ordinationem Cameræ Imperialis regulariter non appellari, niſi habeat vim definitiuæ, & irreparabile damnum inferat, num 63.*
62. *Quomodo deprehendi, aut cognoſci poſsit, interlocutoriam habere vim definitiuæ.*
64. *Diſtinctionem ſententiæ interlocutoriæ, in foro receptam eſſe, licet ea à quibuſdam improbetur.*
65. *Aliquot ſententiæ interlocutoriæ appellabiles, recenſentur.*
66. *Quibus modis antiquitus iudex recuſabatur, & quo iure nunc vtamur.*
67. *Diſſentionem interpretum, an ſententia competentiæ ſit interlocutoria ſimplex, an verò habeat vim definitiuæ; Comitiis Imperij deciſam eſſe.*
68. *Mandata cum clauſula, an ſint interlocutoria, vel definitiua ſententia?*
69. *An à Teſtium denegatione, vel approbatione, ſeu conceſsione appellari poſsit?*
70. *Prouocationem à ſententia lata, in cauſa attentatorum, reijci.*
71. *Ab interlocutoria mera non prouocari, ſi grauamen reparari poſsit, per definitiuam, cum declaratione ibidem adducta.*
72. *A primo decreto, quando appellatio admittatur.*
73. *A ſententia æſtimatorum fructuum, quomodo appelletur.*
74. *De iure canonico, ab omni interlocutoria & grauamine nedum illato, ſed etiam inferendo, appellari poſſe, quod ipſum tamen Concilio Tridentino correctum eſſe, vide & numer 76.*

75. *Si iudex à grauamine deſiſtat, in cauſæ cognitione procedere poterit, quod aliquot modis declaratur.*
76. *In appellationibus recipiendis vel non, ius ciuile, & non canonicum ſequendum.*
77. *A grauamine extraiudiciali, qua ratione etiam de iure ciuili appellatio admittatur.*
78. *Dupliciter appellationem extraiudicialem conſiderari.*
79. *Comitiis Imperij deciſum, quando appellationes extraiudiciales, in Cam. Imp. recipiendæ ſint.*
80. *Ab omni iniuſto decreto, prouocari poſſe, modo vt Iudex decernat, non vt priuatus idq́ præiudiciis confirmatum.*
81. *Ab omni decreto ſiue in iudicio, ſiue extraiudicium, etiam ſine cauſæ cognitione prolato, intra decendium appellandum.*
82. *A tribus conformibus ſententiis non prouocari, & de ſententia legis vnicæ, C. ne liceat ter &c. & nu.* 84.
83. *Declaratum, an liceat tertio interuenienti à tertia ſententia appellare.*
85. *Exceptionem ne liceat tertio prouocare, reſpectu ſuperioris, non attendi.*
86. *Appellationis moratoriæ rationem non haberi, & quænam illa ſit.*
87. *De pœnis in temerè apppellantes conſtitutis.*
88. *Licet partitio poſſeſſorij in ſummarium & plenarium à quibuſdam improbetur, tamen vſu recepta eſt, & de differentia vtriusq́, remiſſiuè.*
89. *Secundum quoſdam ab omni poſſeſſorio, reijci appellationem, idq́ ab enumeratione partium doceri.*
90. *In hanc ſententiam deflecti à Berdero &c. de reuiſionibus, l. vnica, C ſi de momentanea poſſeſſione.*
91. *Impermiſſa appellatione à poſſeſſorio, an ab interlocutoria lata, in eo admittatur, argumenta in vtramq́ partem referuntur.*

92. Re-

92. *Reſolutio huius quæſtionis.*
93. *Opinio, quorundam exiſtimantium, appellationem ſolum operari effectum deuolutiuum, non autem ſuſpenſiuum, excutitur.*
94. *Comprobata opinio ſentientium intereſſe, inter poſſeſſorium plenarium & ſummarium, vt hic nullo modo appellatio permittatur, illic verò vtrumq; effectum operari, eamq; vſum iudiciorum & communem praxin amplecti.*
95. *Interpretatio & extenſio L. vnicæ, C. ſi de momentanea poſſeſſione &c.*
96. *Momentaneam poſſeſſionem variè nominari.*
97. *Reſolutio quarundam Legum.*
98. *Appellationem à poſſeſſorio plenario operari executionis ſuſpenſionem, & cognitionis deuolutionem, hosq; effectus eſſe, de natura appellationis.*
99. *Quandoq; ex mente interpretum, à poſſeſſorio locum eſſe appellationi, & illorum declarationes examinantur.*
100. *Quando à ſententia lata ex l. fin. C. de edicto Diui Adriani &c. prouocari poſſit.*
101. *De iure canonico à poſſeſſorijs recipi appellationem, & cap. 46. conſtitutis, ext. hoc tit. declaratum.*
102. *A cauſa iuramento deciſa, qua ratione admittatur prouocatio.*
103. *Decedens qui iurare debuit, nec iurauit, iuramentum ipſius pro præſtito haberi, & ita deciſum in Senatu Sabaudiæ.*
104. *A citatione, nec à ſimplicibus Iudicij præparatoriis appellationes non recipi, præiudiciis confirmatur.*
105. *A pœna non apppellari, & explicata L. hodie, ff. de pœnis.*
106. *A qua cauſa impermiſſa ſit appellatio, remiſſiuè, & numer. 109.*
107. *A cauſa alimentorum, interpoſitam appellationem non habere effectum ſententiæ morandæ, & ita deciſum eſſe conſtitutionib. Imperij.*

108. *Generaliter cuiuis litiganti ſuper bonis, quæ prætendit eſſe communia, alimenta ſubminiſtranda eſſe. & à ſententia alimentorum, quo ad effectum deuolutiuum, appellationem non improbari.*

OSTENDIMVS, quorum appellatio recipienda vel non, ſit, conſequens eſt, vt videamus, à qua cauſa interponi poſſit &c.

1 Pro exactiore † huius cognitione ſciendum, *Baldum, & Dd. in rubrica de appellat.* quatuor ſpecies appellationis conſtituere, anteiudicialem, quæ antè litis conteſtationem, *cap. 34. ſignificante, cum ſequen. extrà, de reſcriptis.* intra iudicialem, quæ poſt litem conteſtatam, *capit. 1. de dilationibus.* Iudicialem, quæ à ſententia, & poſtiudicialem, quæ ab executione interponatur, *l. ab executore, hoc tit.* Bartholum autem, *in l. 1. ff. eod.* tres adferre, interiudicialem, iudicialem, & extraiudicialem,

2 verum, commodius eſt † duas tantum ſpecies appellationum conſtitui, iudicialem, & extraiudicialem. *l. 1. §. ſolent. ff quando appellandum, l. vlt. ff. de appellat. recip. l. præſes 27. l. cum, 32. ff. de re iud. cum ſimilib. & paſſim tit. de appellat. l. 3. excuſationis, Cod. de excuſat. tutor. cap. 1. cap. concertationi, 8 in 6: & Clement. ſicut, hoc tit. de appellat. clement. 2. de dolo & contumac.* illa, à ſententia, hæc, à decretis & actibus extraiudicialibus interponitur, *d. §. ſolent, & d. l. vlt.* vbi aliquot enumerantur, & quamuis hæc, partitio quibuſdam diſpliceat, quod propriè ſit appellatio, quæ fiat à ſententia, & ab interlocutione vix appellari ſoleat, *l. 2. ff. de appell. recip. l. 5. & 7. Cod. quorum appell. &c. Cuiacius lib. 12. obſ. cap. 3. & 6.* item à nominatione, quæ fiat appellatio, potius querela, quam appellatio dicatur, *l. 12. Cod. Theodoſian. &c. hoc tit.* denique, quamuis à decretis ſæpe dicatur, fieri appellatio, non tamen ideo ſpecies noua appellationis effici videatur, quare appellationem diſtingui rectius poſſe, in eam, quæ fiat voce, ſtatim, *l. 1. §. vlt. l. 2. l. 5. à ſententia, §. vlt. ff. hoc tit.* & libello, aut ſcripto, *d. l. 5. §. vlt.*

Supe-

Digitized by Google

Superior tamen † partitio, vt in foro recepta, retinenda eſt, 3
cui poterit & 3. adiungi, noua & incognita, I. C. appellatio, videlicet, quæ vocatur ab abuſu, eique præcipuè locum eſſe cenſetur, ſi præiudicium iuriſdictioni laicæ, Eccleſiaſtici inferre tentent, intereſt enim Reipublicæ, vt Iuriſdictiones non turbentur, neque confundantur, *per notata ad l. vlt. ff. de iuriſdict. omn. iud.* Hæc inquam appellatio ab abuſu, exorbitans, & odioſa, tanquam quæ exprobret ei à quo appellatum, abuſum fuiſſe ſua iuriſdictione, & ſolet magnas inter vtriusque iuriſdictionis Magiſtratus, rixas, interdum etiam Tragœdias excitare, *vt refert Codex Fabrianus, lib. 7. tit. 28. defin. 18. & per totum tit.* vbi exempla huius appellationis, recenſet, v. g. ſi appelletur ab impetratione alicuius reſcripti, ab Eccleſiaſtico iudice conceſſi, idque in ea cauſa ſit, vt ſupremi Principis laici iuriſdictio lædatur, iuſtam appellationem eſſe ſtatuitur, tanquam ab abuſu, cum enim Eccleſiaſtici, nemini præiudicium inferre cenſeantur, *capit. 7. cauſam extr. qui filij ſint legitimi &c. & paſſim alibi.* Si appelletur, ab abuſu, in rebus ad reſcripta eiuſmodi pertinentibus, non tam aduerſus ipſos Eccleſiaſticos, quam aduerſus impetrantis calliditatem, prouocatur, *argumento l. 1. ff. quando appellandum,* Denique, & hoc ſpeciale in his appellationibus receptum, vt appellationem deſertam, Procurator Principis proſequi debeat, *Codex Fabrianus d. tit. 27. def. 20.* Cuius proprium officium ſit, vt prouideat, ne præiudicium Iuuriſdictioni principali, per Eccleſiaſticam, generetur, cum Eccleſiaſtici, nullam iuriſdictionem ſibi in laicos polliceri poſſint, niſi agatur de re ſpirituali &c. *Codex Fabrianus d. tit. def. 1. num. 2. & defin. 15.*

Sed reuertamur ad propoſitum, extraiudicialis † autem ap- 4
pellatio variè conſideratur, aut enim fit à mera parte, *cap. bonæ, 51. ibidem plenè Canoniſtæ, ext. hoc tit.* aut à Iudice extraiudicialiter procedente, ſine omni cauſæ cognitione, *cap. cum ſit, 5. ibidem Canoniſtæ. ext. hoc tit.* fit enim hæc extraiudicialis appellatio, non tantum ab ijs, quæ geruntur per iudicem exequen-

 do, vel

do, vel ſtatuendo extrà iudicium, vel contrà alias partes, quam litigantes, ſed etiam ab ijs, quæ aliquis alius contra nos ſine iudicio agit, *Maranta hoc titul. numer. 278. Francus in capit. cordi, hoc titul in ſexto.* vbi illam conſiderat, quæ fit ab actu geſto, à Iudice, ante citationem, *tom. 2. part. 2. vot. 48. numer. 7. & 8. Author præiudiciorum Camer. in verbo attentata, fol. quadrageſimo nono. in fine, refert,* quod etiam appellatio extraiudicialis illa dicatur, quæ fit à futuro, vel inſtanti grauamine; vel etiam conſiderari poteſt, ſi cauſa adhuc nondum cepta interponatur, quæ pertineat potius ad cauſam inchoandam, cum tamen ipſam non inchoet, nec per eius interpoſitionem, fiat litis pendentia, habeatque vim citationis, in cauſa beneficiali, *Gregorius Tholoſanus ſyntag. Iuris &c. lib. 50. cap. 2. numer. 6.* Videatur & *Lancellotus de attentatis part. 2. cap. 4. de attentatis, lite pendente &c. numer. 187. cum ſeq. vbi num. 20.* concludit, appellationem extraiudicialem, probata cauſa appellationis, inducere litiſpendentiam. Verum, † quidquid ſit,
5 hæc appellatio extraiudicialis non eſt propriè appellatio, ſed potius interpellatio, vocatio, ſeu prouocatio ad cauſam, habetque vim conuentionis, ſeu vocationis in ius, proinde faciēda ad iudicem ordinarium, coram quo, aduerſarius citandus, dum eſſet litigandum via ordinaria, vnde rectè *Panormitanus ad cap. dilecti, hoc titul.* refert, neminem extrà iudicium, quem poſſe appellare, niſi ad ſuperiorem, qui poſſit adiri per viam querelæ, quia appellatio extraiudicialis, vt dictum, nihil aliud ſit, quam prouocatio ad cauſam, vt qui non poſſit citari, coram aliquo iudice, non poſſit etiam ad eum prouocare, ideoque iudex ordinarius adeundus erit, vt puta, controuerſia quadam orta inter aliquos, altero alteri denunciante, his verbis, appello ad iudicem, hæc inquam, non eſt propriè appellatio, quæ eſt ſententia *dict. cap. cum ſit, 5. in*
6 *fin. hoc titulo.* Vt autem ſciatur, † à qua cauſa permiſſa ſit appellatio, ſtatuenda eſt regula communiter approbata, ab omni

Digitized by Google

omni cauſa tam capitali, *de qua in l. 2. ff. de pub. iudic.* quàm criminali, cum pœna fiſco infertur, & ciuili, quæ etiam pecuniaria, vocatur, licitam eſſe prouocationem, niſi expreſſe prohibita reperiatur, *leg. & in maioribus, vigeſimâ. ibidem Dd. Cod. hoc titulo. leg. litigatoribus*, 14. *leg. addictos* 29. *leg.* 30. *ſi quis, Cod. eod. Nouell.* 69. *cap.* 2. *in fin.* §. *primo. cap. vndecimo. de appellat. extr. hoc titul. cap. liceat*, 20. 2. *quæſt.* 6. tàm maiori inquam, quam minori recipiendam eſſe appellationem, ſtatuitur *d. cap.* 11. quamuis enim res, de qua agitur, minima videatur, tamen iuſtitiæ ratio non ex quantitate, ſed ex ſuis regulis æſtimari debet, nam quod & alijs viliſſimum videtur, hoc alijs pretioſiſſimum eſt, *vti refert Cuiacius ex Iuliano anteceſſore conſtant. in dict. capit.* 11. illique locum eſſe putat, ſi in minimis cauſis ad Epiſcopum, non ad Summum Pontificem, vel Principem appelletur, *leg.* 2. *Cod. Theodoſi. de operib. public.* de rebus, inquit Imperat. Conſtantinus, Præcipuis, maximis, non de quibuſcunque viliſſimis noſtrum debent interpellare conſilium, *& leg. prima Cod. Theod. de relationibus.* Super Paucis, quæ iuridica ſententia decidi non poſſunt, noſtram non debes conſulere maieſtatem &c. Similiter nec de omnibus quæſtionibus conſuli ſe Principes patiebantur, vti patet ex reſcripto Adrian. *in leg. ſexta. ff. ad leg. Iul. de plagiariis*, prout plura refert Briſſonius, de formul. Roman. Imper. *lib.* 3. *fol. mihi*, 305. ab omni itaque cauſa, etiamſi de ſua natura ab ea non admitteretur, ratione tamen exceſſus, ea interpoſita recipienda eſt, *per allegata à Rulanto lib.* 5 *de proceſſ. poſt tradit. cap.* 13. *poſt nu. octauum.* Animaduertat autem † appellans, ne conuicietur iudici, à quo appellauit, *l. illud* 8. *ff. hoc tit. l. Iudici*, 42. *ff. de iniuriis. Paulus libro quinto. ſent. cap.* 35. alias oportebit eum plecti, vnde cum Sicinius Aemilianus, auunculi ſui teſtamentum, quod verum eſſe ſciebat, pro falſo infamaſſet, Vrbicus autem verum videri, & ratum eſſe debere, de conſularium virorum conſilio pronunciaſſet, contrà clariſſimam tamen vocem iuraſſet Aemilianus illud teſtamentum 7

mentum

nem venire, *l.* 19 *cum quædam*, §. 1. *ibidem*, *communiter Dd. ff. de iuriſdictione omnium iud.* & ratio id poſtulat, *ſecundum Duarenum*, *ibidem* præpoſterum enim eſſet. de cauſa cognoſcere, deinde, de Iuriſdictione pronunciare, cum intelligi non poſſit, quantum debeatur, niſi cauſa cognita, quibus *nouiſſima Spirenſis conuentio, Anno* 1600. §. Wiewol auch / ꝛc. *in fine, fol. mihi* 756. *in verbis.* Da die Klag / ꝛc. *&* §. Als wir dann / ꝛc. *fol.* 612. *ibi,* Da die Klag vnder / ꝛc. *Comitiis Imperij, Anno* 70. *habitis, accedat*, ſed difficultatem facit *l.* 37. *in offerendis Cod. hoc tit. in verbis.* Vt ſiquidem non excedat litis æſtimatio decem librarum auri quantitatem, ex ipſa ſcilicet ſententia, iudicis decernendam &c. *Grauæus, ad Gail. concl.* 123 *conſiderat.* 1. refert, petitionem conſiderandam *& d. l.* 37. *in offerendis &c. per d.* §. Wiewol nun auch / ꝛc. correctam eſſe. *Rulantus autem, d. part.* 3. *lib.* 8 *cap* 13. *num.* 14. in actore, ſummam petitionis, in reo, adiudicationis, in conſideratione habitam fuiſſe, nunc autem ita comparatum eſt, vt in ineunda ratione ſummæ appellabilis, non quid in primo iudicio petitum, ſed in quo ſeſe appellans, per ſententiam læſum dicat, perpendatur. Ex conſulto † ſeu decreto Cam. Imp. *Refert Denaiſius, in verbo appel-* 24
lationis ſumma, §. 8 *ineunda &c. &* §. 9. idem iudicium eſſe, in cauſis iniuriarum, ad ſolam pecuniariam æſtimationem, eamque certam & definitam intentatis, *videatur ordinat. Cam. Imp. part.* 2. *tit* 28. §, Vnd ſonderlich / ꝛc. in verbis, Durch den Kläger / in ſeiner Klag / ꝛc.

Verum † quæſtionis eſt, ſi plures ſummæ petantur, quarum 25
ſingulæ notionem Iudicis appellationis non faciunt, omnes autem coniunctæ faciant, ſeu quælibet per ſe non contineant ſummam conformem appellationi, an coniungi poſſint, vt ſumma fiat appellabilis, *Mynſingerus, & Gail. d. locis*, exiſtimant, coaceruationem ſummarum admittendam, *l* 9. *ſi plures*, §. 1. *ff. de pactis, l.* 10. *qui ſeparatim*, §. 1. *ff. hoc titul. l.* 11. *ſi idem, ibid. Dd. ff. de iuriſdict. omn. iud. Notator, ad Camer. Imp. Ordinat. part.* 2. *tit.* 28. *fol.* 270. vbi hoc ipſum confirmat præ-

iudicio, quibus adſtipulatur & hæc ratio, coniunctionem diuerſarum ſummarum admitti in fauorabilibus, in ea autem conditione, cauſam appellationis eſſe conſtat. In contrarium vrgent, quæ referuntur, *ab Authore præiudic. Camer. in verbo ſumma, fol.* 37. *Rulanto, part.* 3. *libr.* 8. *capit.* 13. *numer.* 15. vbi diuerſimodè ſentitum refert. Diſtinguentium

26 † ſententia non improbanda videtur, referre, an plures licet diuerſæ ſummæ petantur, vna actione, & amplectandam eſſe, opinionem ſuprà allegatam, *Mynſingerus, & Gail.* ſecus ſi alia atque alia actione diuerſæ ſummæ ex diuerſis cauſis obligationis debeantur, *vt traditur in Tom. Symph.* 2. *part.* 2. *vot.* 24. *numer. tertio. & ſeptimo. tom. primo. part. ſecunda. titul.* 11. *vot.* 1. *fol.* 213. *videatur Grauæus ad Gail. concluſ.* 123. *numer. quarto. & quinto.* vbi exiſtimat, plures ſummas cumulari non poſſe, ſi quis in illas diuerſis & ſeparatis ſententijs, condemnatus ſit, aliud autem probandum, ſi quis eadem ſententia in ſeparatas ſummas condemnatus. Superior autem diſtinctio probari videtur, *dict. l.* 10. *qui ſeparatim*, § *primum. ff. hoc titul.* Si quis *inquit* I. Conſ. cum vna actione ageretur, quæ plures ſpecies in ſe habeat, pluribus ſummis ſit condemnatus, quarum ſingulæ notionem Principis non faciunt, omnes autem coniunctæ faciunt, poterit ad Principem appellare. Sin autem pluribus actionibus actum ſit, quarum ſingularum quantitas intra iuriſdictionem iudicantis non ſit, coaceruatio verò omnium excedat modum Iuriſdictionis, ſeu ſummam appellabilem, recipi appellatio debeat, non facilè probabit *dict. lex. ſi idem, ff. de iuriſdiction. omn. iudic.* multò minus, *lex. Sancimus*, §. *tertius. ſi quis autem, Cod. de donationib. dict. enim leg. ſi idem*, rectè ponderata, hoc infertur, ſi coaceruatio omnium ſummarum excedat modum iuriſdictionis, quod nihilominus agi poſſit ad Magiſtratum, qui ad certam ſummam iudicare poteſt, ſi ſingularum quantitas intra iuriſdictionem iudicantis ſit, an autem

tem

Digitized by Google

tem coaceruatio ſummarum ex diuerſis cauſis debitarum, fieri poſſit ad appellationem interponendam, altum de ea re ſilentium, etenim cum magiſtratus intra terminos ſuæ iuriſdictionis ſe continere debeat, ſi coaceruatio omnium ſummarum fieret, non poſſet agi cauſa apud Iudicem, qui ad certam ſummam iuriſdictionem habet, quare *in dict. leg. vndecima.* ratio ſummarum habetur diſiunctim, non coniunctim, an itaque cumulus debitorum fieri poſſit, ſi ſingularum ſummarum quantitas, intra iuriſdictionem iudicantis non ſit, hoc eſt, de quo diſputatur, & videtur dicendum, hanc cumulationem ſummarum non reijciendam, cur enim coaceruatio ſummarum *in dict. leg. ſi idem vndecima.* non admiſſa fuerit, videtur eſſe, vt conſeruetur iuriſdictio. Vnde ſumpto argumento à contrario ſenſu, *dict. leg.* 11. conſeruandæ iuriſdictionis cauſa, ſi ſingulorum quantitas intra iuriſdictionem iudicantis non ſit, cumulus debitorum admittendus erit, etiam ſi pluribus actionibus eſſe proponatur, Secundo adduci poterit *dict. leg. ſi plures nona. §. primus. ff. de pactis*, qui generaliter conceptus eſt. Deniq́ue cum humanior ſententia à iudice eligenda ſit, maximè pro admiſſione appellationis, videtur cumulationem diuerſarum ſummarum non reijciendam.

Pugnant autem in contrarium † ſubſequentes rationes, 27
cum ſingularum actionum natura & qualitas inſpicienda ſit, & tot ſint ſententiæ, quot ſint actiones, ſeu ſpecies diuerſæ, *leg. vigeſima nona. ſcire, ff. de verb. obligat. leg. quid tamen, vigeſima prima. ff. de arbitris, leg.* 29. *etiam*, §. 1. *ff. de minoribus. leg.* 15. *conſtitutio, Cod. de ſententiis, & iuriſdict. omn. iudic. Gail. libr.* 1. *obſeruat.* 63. *numer.* 4. conſequens videtur etiam ſingularum ſummarum ex diuerſis cauſis obligationum debitarum rationem habendam eſſe, licet enim ſententia ſuper pluribus articulis & libellis, vno verborum contextu, eademq́ue charta prolata, vna dicatur, tamen reſpectu diuerſarum

rerum, tot dicuntur ſententiæ, quot ſunt ſeparata capitula, quorum ſingulorum qualitas conſideranda, *d. l. etiam*, 29. §. 1. nec appellatio ſuper vno ſeparato ſententiæ capitulo interpoſita, deuoluit totam cauſam, quamuis inquam dictum eſt, plures actiones eodem libello poſſint accumulari, *l.* 25. *hæredes*, §. 3. *de pluribus, ff. familiæ erciſcundæ, leg.* 52. *cum duobus*, §. 14 *ſi plures, ff. pro ſocio, cap.* 3. *diſpendia de reſcriptis in* 6. tamen quot ſunt facta, tot ſunt actiones, tot etiam cognitiones ſeparatæ & deciſiones, *d. l. conſtitutio*, 15. in ſumma, ſinguli articuli, ſingulas lites conſtituere videntur, & tot ſententiæ & appellationes, quot ſunt capita, maximè cum vna ſpecies alijs non cohæret, *d. l.* 29. *etiam*, §. 1. *ff. de minoribus*. Deniq;, hoc admiſſo cumulo debitorum, ex diuerſa cauſa contractorum, facilè ſtatutum, aut priuilegium, de non appellando, intra certam ſummam, circumueniri poſſet, & ita non admiſſam appellationem, ratione coaceruationis ſummarum ex pluribus actionibus &c. *refertur tom.* 2. *Symph. part.* 2. *vot.* 24. *nu.* 7. vbi id, præiudicio confirmatur. *& Auth. præiudic. Camer. in verbo, ſumma appellabilis, fol.* 37.

28 Superiori quæſtioni, † ſequens affinis eſt, an intereſſe coniungi poſſit cum cauſa principali, ita vt cumulatio ſortis, & vſurarum, ſeu intereſſe, (ex mora enim retardatæ ſolutionis, aut tardius illatæ pecuniæ, intereſſe deberi conſtat, quod I. C. eſt vſura, ſecundum quoſdam, *leg. fin. ff. de periculo & commodo rei venditæ, l.* 17. *cum quidam*, §. *ex locato*, 4. *ff. de vſuris, cum ſimilibus*,) faciat ſummam appellabilem.

In qua re, in diuerſas itum ſententias eſſe, videre eſt, apud *Præiudic. Camer. Authorem, in verbo appellatio in genere, fol.* 18. *&* 36. *ibi*, appellatio in Camera, *& fol.* 121. *in verbo exceptio, ibi, de exceptionibus &c. Compilatorem quæſtionum controuerſarum &c. in Proœmio fol.* 3. *Rulantum de Commiſſ. part.* 3. *lib.* 8. *de proceſſ. iud. interrog cap.* 14. *nu.* 16. Videtur enim non poſſe coniungi, cum vſuræ ſint acceſſio ſortis & debiti principalis, eodem iure cenſeri debeant. Hinc traditur ſumptus litis tametſi exce-

Digitized by Google

excedant quantitatem priuilegio definitam, gaudere tamen priuilegio debiti principalis, *Codex Fabrianus, lib. 7. tit. 15. definit.* 16.

His tamen & ſimilibus argumentis, non puto tantum deferendum eſſe, quin opinionem exiſtimantium penſiones ceſſas, pro fundanda iuriſdictione cumulari poſſe, potiorem eſſe ducam, in cuius opinionis fulcimentum, adduci poterit. *l. ſi plures. 9. §. 2. ſummæ, ff. de pactis*, Summæ inquit textus, applicandas etiam eſſe vſuras, id eſt, vt cognoſcatur de ſumma, non ſolum ſors principalis, ſed etiam vſuræ in conſiderationem adhibendæ, & ita ſæpius iudicatum refert *Notator, ad Ordinat. Cam. Imper. part. 2. tit.* 28 *fol.* 288 *Mynſingerus, cent. 5. obſ.* 83. *num.* 5.

Alij diſtinctione rem expediunt, de qua *in tom.* 4. *Symph. part.* 1. *vot.* 46. *num.* 4. 5. *&* 6. aut verba ſtatuti, ſeu priuilegiorum concepta ſunt, in hunc modum, Daß die Hauptſach nicht vnder drey hundert gulden / v. g. ſeye / id eſt, vt ſors principalis non conſiſtat infrà 300. fl. tunc intereſſe, aut vſuras coniungi non poſſe, ſin autem verba ſtatuti ita ſe habeant, daß die Sach nicht vnder drey hundert fl. ꝛc. id eſt, vt cauſa non ſit infrà dictam ſummam &c. & hic, coaceruationem ſortis, ſeu intereſſe non reſpuendam, vt per eam conformis fiat ſumma priuilegio &c. *Author præiudic d. fol.* 18. *in verbo appellatio in genere, ibi quando &c.* Hinc putat † *Grauæus ad Gail. concluſ.* 29
123. penſiones ſorti nō eſſe annumerādas, ſed ſortem duntaxat ipſam, in conſiderationem appellabilis ſummæ, duci, *ex verbis nouiſſimæ Spirenſis conuentionis Anno* 1600. §. Wiewol nun auch ꝛc. *fol.* 756 *ibi*, Da die Klag vnder 300. Reichsgulden Hauptgelts were. Verum in contrarium ponderari poteſt ſequens coniectura, *ordinatione Camer. Imp. part.* 2. *titul.* 28. §. Vnd ſonderlich/ ꝛc. in principio, *& Comitiis Imperij, Anno* 70. *habitis*, §. Als wir dann ꝛc. *fol.* 612. diſpoſitum erat, in hæc verba, daß hinfüro vnſerm Käyſerlichen Cammergericht/ kein Appellation Sachen/ da die Klag vnder 150. Hauptguts

 were/

were / angenommen werden ſollen; / ſi vis conſtituenda eſſet, in verbis Hauptguts / oder Hauptgelts / dicendum foret, cumulationem ſortis, & vſurarum, in Camera Imp. admitti non debuiſſe, & tamen *Myſingerus, d. cent. 5. obſ. 83. num 5.* contrarium & ita ſæpius iudicatum fuiſſe refert, & temeritatis eſſet, Camer. Imper. inaduertentiæ arguere, quæ conſideratio etiam ſuperiorem diſtinctionem ſubuertere videtur.

His ita digeſtis, reliqua illa quæſtio eſſe videtur, quid probandum ſit de expenſis, cum enim illas condemnatus inferre cogatur, *leg. 4. non ignoret. Cod. de fructibus & litium expenſis*, & cum ſimilibus, videntur dicta de vſuris transferri poſſe ad expenſas, *videatur tamen relatio 25. fol. 164. tom. 5. Symph.*

30 Porro, † cum appellatio, tam à ſententia, quam grauamine admittatur, *capite quinto. cum ſit, extr. & clemen. ſicut, hoc titul.* cum diſtinctione tamen Iuris ciuilis à Canonico, *cap. ſuper eo. 12. extr. hoc titul.* Inquiramus, quatenus à ſententia appellari poſſit, & quidem de iure ciuili, à definitiua tantum regulariter interponitur, *leg. 2. Cod. de Epiſcopali audientia, leg. apertiſſimi, Cod. de iudiciis. leg. ante, ſeptima Cod. quorum appellationes &c. leg. fin. Cod. de ſentent. & interlocut.* & quidem valida, nam ab inualidis & nullis ſuperuacua eſt appellatio, cum ſine ea denuò cauſa induci poſſit, *leg. 19. ſi expreſſim ff. hoc titul. l. ex conſenſu, 23. §. cum Procurator. ff. eod. titul. l. 2. ſi cum, l. 5. certa, & toto titul. Cod. quando prouocare non eſt neceſſe, & toto titul. ff. quæ ſententiæ ſine appellatione &c. cap. 1. extrà de ſententia, & re iudicata.*
31 Ex abundanti † tamen ſæpè interponitur, ita, vt ſi quis ab his ſententijs appellauerit, & præſcriptione ſubmotus ſit, minimè confirmetur ſententia, nec tranſeat in rem iudicatam, ſed cauſa poterit, ab initio agitari, *d. l. 19. videatur Maranta, part. 6. tit. & demum fertur ſententia, poſt n. 155.*

Adferamus autem aliquas inualidas ſententias, ſit itaque prima, ſi abſentis condemnatio fiat, hanc enim nullius momenti

Digitized by Google

menti eſſe, *conſtat ex l. 1. §. Item cum, 3 ff. quæ ſententia ſine appellatione &c.* inaudita enim cauſa, vel indicta, quem damnari æquitatis ratio non patitur, de qua re ſupra.

Sufficit autem, † ſi dictæ ſententiæ tempore, in rebus humanis condemnatus, non fuerit, *l. 2. ff. quæ ſententia ſine appellat. &c. l. de qua, 74. §. cum abſentem ff. de iudiciis, l. in ſententiis, 59. §. final. ſi quis ex edicto, ff. de re iudicata.* quare ante ſententiam, iudicium in hæredem transferendum, *l. ſi hominem, 33. ff. de fideiuſſorib.* vt cum eo repetatur cognitio, hinc in foro dicitur, & datur citatio ad reaſſumendam &c. quamuis in Camer. Imp. aliter receptum ſit, facta enim concluſione, in cauſa, etiam vno litigatorũ defuncto, definitiuè pronunciatur, *Mynſ. cent. 1. obſ. 85. cent. 3. obſ. 71. Gail. lib. 1. obſ. 109. n. 2.* neq; opus eſt hoc caſu citatione ad reaſſumendam, concluſione facta in cauſa, *nouiſſima, Spirenſi conuentione Anno* 1600. *habita,* §. Nach dem auch &c. *fol.* 765. videatur *l. nulla, 23. ibidem Dd. C. de Procurat.* Quod eò producitur, vt ea facta ſubmiſſione, alterutro litigantium mortuo, etiamſi de morte iudicialiter cõſtet, abſq; præuia citatione tamen, ſententia in perſonam procuratoris concipi & publicari poſſit, *vt ſtatutum receſſu viſitationis, Anno* 78. §. Vnd demnach &c. *tom. Symph. 2. part. 2 tit. qu. dubia: fol.* 197. *n. 75. tom. 4. part. 1. voto. 1. n. 4. & voto. 14 circa principium,* licet olim aliud obtinuiſſe videatur, *Gail. lib. 1. obſ. 109. n. 4 Mynſ. cent 1. obſ. 85. Author praiud. Cam. in verbo ſententia, fol. 313. ibi.* dubitabatur, vtroq; tamen defuncto Procuratore, aliud obtinet. *d Spirenſi conuentione Anno* 1600. §. Gleicher maſſen &c. *fol.* 765. 32

Secundò, † ſententia dicitur nulla, ſi contra rem iudicatam ſit lata, non modò ſi directo primæ ſententiæ contraria ſit, ſed etiam per quandam conſequentiam, *l poſt ſenten. 9. C de ſententiis. & interlocutionib. omn. iud.* vbi Imperator, id duobus exẽplis confirmat, (licet ſi diuerſœ ſint, valeãt, vt obſeruatum in quadam cauſæ *refert Rulantus, de Commiſſa. lib. 8. de proceſſ. iud. interrog. c. 12. n. 14.*) quod cum hoc temperamẽto actipiẽdum, ſi prima ſẽtẽtia firma ſit, reperto .n. aliquo vitio in ea, poſterior 33

præua-

præualeret, *l fin. Cod. de ſentent. quæ ſine certa quantitate &c.* videatur *l.* 1. *ff. quæ ſententiæ ſine appellatione &c.* is namque condemnatus intelligitur, qui ritè condemnatus eſt, *l.* 4. §. *condemnatum, ff. de re iudic.* Vnde ritè facta condemnatione, ea contraria ſententia ſubuerti non poterit, modo huius rei prompta habeatur ratio, *l.* 1. *C. quando prouocare non eſt neceſſè &c. cap.* 20. *inter, extr. de re iud. in verbis,* dum etiam quoniam de Priuilegijs.

34 Tertio, cenſetur nulla ſententia, ſi ea publicetur, aut declaretur, non in forma debita, vt ſi non ſub nomine Iudicis, ſed tertij declaretur, *l.* 2. *vbi Dd. Cod. de ſententiis, ex breuiculo &c. cap. fin. de re iud. in* 6. *Vantius, de nullitatibus Proceſſ. cap. ex defectu proceſſ. num* 70. *tom.* 4. *Symph. part.* 1. *voto* 4 *numer.* 9. aut ſi ſententia antè habitum conſilium iuriſperitorum, idq; petitum, lata ſit, *Author præiudic. Camer. in verbo, ſententia, fol.* 313. *ibi, ſententia &c.* vbi refert, ſententiam ita prolatam. iuſtam præbere cauſam appellationi, nam etiam antiquitus, poſt cauſam vtrinque actam, in conſilium Iuriſperitos adhibitos fuiſſe, & ſic de conſilij ſententia pronunciaſſe, *conſtat ex Briſſonio, lib.* 5. *de formul. Roman. Imp. fol. mihi,* 460. formula hodie ita concipitur, nach gehaltenem Rath / der Rechtsgelehrten / erkennen wir / *c. Prolata itaque ſententia, non de conſilio iuriſperitorum, maximè eo petito, ſententia non ſubſiſtet, quaſi ea, non maturitate temporis, iudicij, & meritis cauſæ non ritè excuſſis, ſed præcipitanter, lata ſit, *contra l.* 2. *C. de ſententiis, ex breuiculo &c.*

35 Quarto, ſententia † nullius momenti cenſetur, lata contrà leges, ſeu conſtitutiones, (habent enim in mandatis Iudices, iudicare ſecundum leges, quod præclaris authoritatibus illuſtrat *Tholoſanus, lib.* 50. *Syntag. Iuris &c. cap.* 1. *poſt numer.* 13 & olim in leges iuraſſe, refert *Briſſonius, de formul Rom. Imp lib* 8. *fol mihi,* 714. ibi, varijs porrò de cauſis &c. hinc etiam fit, vt iudices iurent ſe iudicaturos ſecundum conſtitut. Imperij, *Carolus Quintus, in conſtitut pœnal. art.* 3. *&* 4. *Gail. lib.* 1. *obſer.* 36. *num.*

Digitized by Google

num. 14.) exemplum *in l. 2. Cod. quando prouocare non &c. l. 1. §. Item cum ſeq ff. quæ ſententiæ ſine appellat. &c.* non autem contra ius Litigatoris, *l. ſi expreſſum,* 15. *ff. hoc tit. iuncta l. 1. §. item,* 2. *ff. quæ ſententia, cap. cum inter,* 13. *extra de re iudic.* V. g. petita publicatio atteſtationum, eaque denegata, eſt contra ius litigatoris, *Myn ſingerus, cent.* 4. *obſ.* 52. *Gail. lib.* 1. *obſ.* 103. *num.* 5. idem iudicium eſt, ſi contrà aliquas conſtitutiones, aut leges, quæ ad cauſam pertinere videntur, pronunciet, eas ad cauſam non pertinere, ab hac enim ſententia, non vt nulla, ſed iniuſta, appellandum, quæ videtur eſſe ſententia, † *l.* 32. *prolatis, ff. de re iudic.* an hæc, aut illa conſtitutio, ad cauſam pertineat, eſt facti, quæ quæſtio, in poteſtate iudicantium, non autem Iuris authoritas eſt, *leg.* 1. §. 4 *quorum, ff. ad S. C. Turpillianum &c. leg. ordine,* 15. *ff ad municipalem,* De qua re *Duarenus, lib.* 1. *diſp. cap.* 41. *Robertus Aurelienſis, lib.* 4. *receptarum ſententiarum, cap.* 15. idem obtinet, ſi plures per imperitiam iudicis inſolidum condemnati, cum tamen ſententia in perſonas ſcindenda eſſet, hæc enim ſententia ita prolata licet expreſſim contrà iuris rationem non ſit, cum nullâ Lege, aut conſtitutione prohibeatur, ne ita pronuncietur, iuſta tamen cauſa appellandi eſt, *l.* 10. *ſi qui,* §. 3. *quotiens, ff. hoc titul. & tot. tit. C. ſi plures vna ſententia &c. Codex Fabrianus, lib.* 7. *titul.* 21. *definit.* 1. aliud autem obtineret, vt dictum eſt, in ſententia lata, contrà ius expreſſum, *d l.* 2. *& d. l. ſi expreſſim,* 19. aut ea contineret expreſſum iuris errorem. 36

Ex his † congruam interpretationem recipiet, *l.* 27. *Præſes, ff. de re iudic.* vbi ſpecies facti ſic ponenda, Titius petijt centum cum vſuris à Sempronio, Præſes Prouinciæ condemnauit Sempronium in 150. Sempronius, cum animaduerteret, hanc ſententiam continere iniquitatem, puta, vſuras vſurarum, quæ lege prohibentur, *l.* 25. *ſi non,* §. 1. *ff. de condictione indebiti, l.* 29. *placuit. ff. & l. vlt. C. de vſuris,* appellauit, ſed non ſecundum legem, quæſitum, an poſſit exigi pecunia, ſecundum condemnationem, ratio dubitandi eſt, quia ſententia conti- 37

nere videtur expreſſum iuris errorem, eſt enim *contrà d. l. fin. Cod. de vſuris*: Reſpondet I. C. Modeſtinus, nihil proponi cur iudicati agi non poſſit, ſententia enim non erat ipſo iure nulla, quia præſes non pronunciauit, vſuras vſurarum deberi, licet in effectu, & vi ipſa, ſententia talis contineat, ſi Præſes dixiſſet, condemno Sempronium in vſuras vſurarum, aliud obtineret, iuris itaq; error expreſſus vitiat ſententiam, tacitè intellectus nequaquam, ſed efficit ſententiam iniuſtam, à qua appellandum, ſeu error in hypotheſi non reddit ſententiam nullam, ſed iniuſtam, ſecus autem ſi error in theſi deprehendatur, & hæc eſt ſententia *l. Præſes, ibidem Zaſius.* An autem ſententia lata contra priuilegium, nullius momenti ſit, quæſtionis eſt, & cum priuilegium dicatur, *L E X, cap. Priuilegia, 3. diſt. 3.* ſentētiam contrà Priuilegium, tanquam contra legem latam, nulla erit; Contrarium tamen verius videtur, *cap. ſuborta, 21. ibidem Panorm. ext. de re iudic.*

Quinto, † ſententia eſt nulla, lata cum falſo Procuratore, *l. licet, 24. Cod. de Procurator. cap. in noſtra, 4 ext. eodem.* Quot autem modis dicatur Procurator falſus, *vide gloſſam, in l. falſus, ff. & l. falſus Cod. de furtis.* Verum, hic non incommodè quæri poteſt, an ſententia lata, pro falſo Procuratore, rata haberi poſſit. Et quidem *Grauæus, ad Gail, concluſ. 47. numer. 3.* authoritatibus, & præiudicijs confirmat, id fieri poſſe; In quam opinionem adducitur *l. licet, 56. ff. de iudiciis*, vbi dicitur, ſi ratam dominus habuerit rem, in iudicium retro rectè deductam cenſeri. Quibus accedat *l. cum debitore, 17. ff. rem ratam haberi*, in verbis, inſecuta ratihabitatione rectè actum videri. Et *l. 1. C. quibus res iudic.* Denique, imputandum ei, qui talem Procuratorem admiſerit, *argumento legis, ita tamen 5 §. 3. nunc, in fine, ff. iudicatum ſolui.*

Porrò, contraria ſententia non minoribus legum præſidijs inniti videtur, in principio enim ſe offert *lex. licet, Cod. & capit. in noſtra, 4. extr. de Procurat.* quæ rectè ponderata, ſupradicta reſoluere videtur. Secundo, ſpeciali fauore æta-

Digitized by Google

tis receptum, vt ſententia lata pro minore, cum falſo Procuratore ratificari poſſit. *leg. non eo*, 14. *Cod. de Procurat. iuncta leg.* 4. *ſi tutor*, *Cod. in quibus cauſis reſtitutio in integr. neceſſaria non eſt.* Vnde non trahendum in conſequentiam, *leg. ſideicommiſſaria* 23. §. 3. *etiam*, *ff. de fideicommiſſ. Libertatibus.* Vltimò, per ratificationem aduerſarij, ius alteri percipiendum non eſſe, *videatur Gail, lib.* 1. *obſ.* 47. *Mynſingerus, centur.* 1. *obſer.* 44. *VVurmſerus, pract. obſ. tit. de ſententia, obſ.* 6. *Fachineus, lib.* 8. *illuſt. controu. cap.* 61. *Codex Fabrianus, lib.* 2. *titul.* 6. *definit.* 19. *lib* 52. *de iudiciis, definit. octaua, libr. quarto. tit.* 20. *defin. ſecunda. & lib.* 8 *titul.* 23. *defin.* 36. vbi refert, tractatum fuiſſe, exceptiones, quæ reddant iudicium retrò nullum, qualis eſt hęc exceptio Procuratoria, quæ naſcitur ex defectu mandati, poſſe ſuppleri per Iudicem, modò reſultet ex actis.

In hac opinionum conflictatione, ſciendum rem eò deductam, ſi de meritis cauſæ principalis conſtet, adeò, vt ſi etiam verus Procurator adfuiſſet, querelans de hac nullitatis ſententia, cauſa cecidiſſet, hanc exceptionem, falſi Procuratoris, in Conſiſtorio Summi Principis, ſicut nec in Camera Imperiali attendi, quia hæc exceptio ſit de apicibus iuris, *leg. ſi fideiuſſor*, 29. §. 4. *quædam. ff. mandati.* Quorum rationem non habendam, *infra latius patebit in capite vltimo.* Si tamen ab huiuſmodi Procuratore aliquid allegatum falsò, & hoc modò conſecutum eum, ſententia Iudicis proponatur, querela rei admittenda erit.

Sexto itaque, † ſententia à iudice lata, falſis inſtrumentis, aut teſtibus corruptis circumſcripto, nulla eſt, *l. qui agnitis*, 11. *ff. de exceptionib.* qua cauetur. Etſi res iudicata eſſet, ex falſis inſtrumentis, ſi poſtea falſa inueniantur, nec rei iudicatæ præſcriptionem opponi &c. vnde conſequens videtur, ſententiam ex Inſtrumentis falſis latam, nullius momenti eſſe. 39

Secundo, † in conſiderationem vocari poteſt, *l. ſi quis*, 29 *ff. de* 40

 falſis,

falſis, vbi inquit Modeſtinus I. C. Si quis obrepſerit Præſidi Prouinciæ tàm peracta, quam per libelli interpellationem nihil agere, quæ verba emphaſim habent.

Tertio adducitur *l. 75. ſi Prætor, ff. de iudiciis, in hæc verba*, ſi per dolum ſciens falſo aliquid allegauit, & hoc modo conſecutum eum, ſententia Prætoris liquido fuerit approbatum, exiſtimo, debere iudicem, querelam rei admittere &c. nec quidquam facit ibi contra abſentem latam eſſe ſententiam, quia I. C. non vim conſtituit in abſentia, ſed in eo, quod religionem iudicantis falſis allegationibus circumuenerit, ſeu quod obrepſerit prætori, *l. 26. cum vero, §. hoc S. C* 8. *verſicul. proindè, ff. de fidecommiſſ. libertatib.* in eadem cauſa cenſetur ſententia ex falſis Teſtibus lata, *l. 3. falſam, C. ex falſis inſtrum. &c.* & per regulam generalem, *l. in exercendis, C. de fide inſtrument* quodque pronunciatione inſtrumentorum etiam teſtes contineantur, *l. notionem*, 99. §. 2. *inſtrumentorum, ff. de verb. ſignificat.*

41 Diſſentiunt tamen † quidam interpretum, *ad l. diuus* 33. *ff. de re iudic.* conſtituentes, ſententiam latam ex falſis inſtrumentis, vel teſtibus, non eſſe ipſo iure nullam, ſed ope reſtitutionis in integrum eſſe retractandam, *authoritate d. l. 33. diuus. vbi I. C. Calliſtratus, & Adrianus Imperator pronunciant.* Iudicante eo falſis teſtimonijs conſpiratione aduerſariorum, teſtibus pecunia corruptis, Religionem iudicis circumuentam eſſe, in integrum cauſam reſtituendam &c quare ſententia nō erit ipſo iure nulla, cum id quod nullum, reſcindi non poſſit, *leg. 5. nam etſi, verſicul poſt defunctum, ff. de iniuſto, rupto, irrito &c.*

Secundò, tranſactionem & ſententiam æquiparari, *leg. 20. non minorem. Cod de tranſact* illam autem ex falſis inſtrumentis initam, beneficio reſtitutionis in integrum eſſe reſcindendam, conſtare *ex l ſi ex falſis, Cod. eod tit.*

Tertiò, ſententiam ex falſa cauſa prolatam non eſſe nullam, per allegata à *Facbinco, lib. 10. contron. cap* 83.

Quar-

Digitized by Google

Quarto, ſententia ita pronunciata, licet ſit iniqua, tamen non eſt nullius momenti, cum non contrà iuris ordinem, ſeu ſubſtantialia iudicij, ſed ſecundum allegata & probata lata ſit.

Quibus accedat, quod probationes non ſint de ſubſtantia iudicij, quare potius contrà ius litigatoris, quàm contrà ſubſtantialia, proceſſus iudiciarij, videtur hoc modo prolata.

Denique inſtat *Menochius, de arbit. iudic. lib. 2. centur.* 1. *caſu* 15. probationes non pertinere ad ſubſtantiam ſententiæ, vndè compertis falſis inſtrumentis, non ipſo iure annullari ſententiam, cum dolus, qui falſi ſubſtantia ſit, non reddat actum ipſo iure nullum, *l. penult. C. de inutilibus ſtipulatio.*

Huic quæſtioni cum ſua vtilitas conſtet, propter tempus petendæ reſtitutionis in integrum, *l. vlt. C. de temporibus in integr. reſtit.* Res paulo altius repetenda, ſi hæc opinio ſimpliciter ſequenda eſſet, manifeſto exſurget iniquitas, cum decurſo quadriennio, ſententia ita lata, retractari non poſſit, contrà iuris ſcripti & æquitatis rationes proderit circumueniſſe iudicis Religionem, quod ferendum non eſt, propter expreſſam deciſionem textus in ſui ratione, quæ generalis eſt, *in l.* 1. *C. ſi tutor vel curator, falſis allegationibus &c* Quare † rem ita digerendam puto, aut enim ad impediendam executionem, quis ſe offert ad liquido probandum, aduerſarium falsò quid allegaſſe, & hoc modo eum conſecutum, ſententia iudicis, ideoque ita iudicatum, exequi non debere, ſuperſedendum ab executione, *cap. ſuper eo, 2. ext. de crimine falſi*, & citra beneficium reſtitutionis in integrum, exceptione ſe tueri poterit, *l. fin. C, ſi ex falſis inſtrumentis d. l ſi prætor*, 75. quæ in his terminis loquitur. *Panormitanus, in capit. cum venerabilis, ext. de exception. Fulgoſius, Alciatus, in l ſi ex falſis, C. de tranſactionibus*, & merito, nemini enim prodeſſe debet improbitas, ſeu malitia: Sin autem ſententiam executam proponamus, quo remedio læſo ſuccurrendum, decurſo tempore petendæ reſtitutionis in integrum? Huic deferunus duo beneficia, ad retractandam 42

[illegible], de iure enim non tranſit. [illegible] poterit intentare querelam falſi, [illegible] text. in l. 1. *C. ſi ex falſis in-inſtrumen.* [illegible] *tr. de except. vbi communiter Canoniſtæ, cap. licet cauſa* [illegible] *de probationibus*, vbi querela falſi intentata erat, quam [illegible] annos, exercere poterit, *d. cap. 6. cum venerabilis, in fine.* Sin verò ab hoc beneficio, ſeu auxilio, ratione temporis ſe excluſum videat, dicere ſententiam nullam poterit, idq; ſubſequentia euincunt.

Primo *totus tit. C ſi ex falſis inſtrum.* vbi dicitur, rei iudicatæ exceptionem non obſtare, ne minima quidem facta mentione, reſtitutionis prius impetratæ.

Secundo, *d. l. qui agnitis*, 11. vt ſupra oſtenſum.

43 Nec moueor, *dict. leg. diuus*, 33. *ff. de re iudicata*, cauſam in integrum reſtituendam eſſe, ergo non erit nulla, *leg. cum à te*, 25. *ff. de dolo malo, leg. in cauſa*, 16. *ff. de minoribus, cum ſimilibus*. duplicem enim interpretationem recipere poterit, prima eſt, quod verba, in integrum reſtituere, non ſemper ſignificent illud extraordinarium Prætoris auxilium, quo reſcinduntur ea, quæ ipſo iure valent, ſed ſignificent iterare cognitionem, ex integro agere, ſeu cauſam iterum tractare, *leg. prima. Cod. de ſententiis, ex breuiculo &c. leg. tertia non intelligitur*, §. 9. *diuus iuncta leg. ſeptima. ſi Fiſcus, ff. de iure Fiſci*, vbi dicitur, cauſas Fiſcales deciſas, non interueniente aduocato Fiſci, nullius momenti eſſe, & tamen, *dict.* §. *diuus* cauetur, cauſas ita iudicatas, in integrum eſſe reſtituendas, *& eleganter in leg. ſecunda. probat. text.* ex integro inquiunt Imperatores, de cauſa audiuntur, *Cod. ſi ex falſis inſtrumen. &c.* quia præſcriptio rei iudicatæ, locum non habet, delicti enim admiſſi grauitas, & pernitioſum perfidiæ exemplum, id poſtulat. In eadem conditione erit cauſa deciſa, per iuramentum neceſſarium, vt loquuntur vt non tranſeat in rem iudicatam, ſed probata falſitate iuramenti, ex integro cauſa tractanda, *leg. tertia. admonendi, ff. de iureiurando &c. l. 1. Cod. de rebus credi-*

Digitized by Google

creditis &c. Rationem huius explicat *Cuiacius libr.* 18. *obſ. cap.* 35. Nec refert, ſi quis inſtet, ſententiam ipſo iure inualidam eſſe, detecta prius falſitate, per reſtitutionem in integrum, cum enim principalibus conſtitutionibus manifeſte caueatur, rei iudicatæ ex falſis inſtrumentis latæ, præſcriptionem non opponi, nulla facta mentione, reſtitutionis prius impetratæ, hanc neceſſariam contra mentem conſtitutionem dici non poterit. Secunda interpretatio eſt, *ad dict. l. diuus*, verbum reſtituere rectè accommodari ad ea, quæ ipſo iure nulla ſunt; *dict. leg.* 3. §. *diuus*, *iuncta leg.* 7. *ff. de iure Fiſci*, ſicuti de verbis reſcindendi, retractandi &c. dicitur, *leg. ambitioſa, quarta iuncto* §. *primo. ff. de decretis ab ordine &c. leg. ex facto*, 43. §. *Lucius ff. de vulgari & pupillari ſubſtitut. leg. iurisgentium*, §. *paciſcar*, *ff. de pactis*, *leg.* 136. *ff. de verb. obligat. l.* 1. §. 1 *ſed ſi Prætor in fine*, *ff. de Feriis*, *l.* 1. *C. de reſcindenda venditione.*

Et huic opinioni, quam defendimus, ſubſcribunt, *Cumanus, Duarenus, ad d. l.* 33. *diuus*, quamuis etiam actionem in factum, in iudicium deducere non prohibeatur, *l. qui nomen*, 15. *ff. de falſis*, eamque ad 30. annos, *l. omnes*, 30. *Cod. de præſcript.* 30. *annorum*, (quod & in querela nullitatis receptum eſt, *Maranta part. 6. titul. & demum fertur ſententia*, *num.* 154.) quod eo producitur, vt illa falſa allegatio, ſeu ſententia lata ex falſis inſtrumentis, non confirmetur, per appellationem interpoſitam, *leg. ſi expreſſim*, *ibidem Barth. ff. hoc titul. tom.* 2. *Symph. par.* 2. *voto*, 48. *numer.* 39. Ratio eſt, quia falſa allegatio, commiſſa in ſententia prima, cenſetur ineſſe ſententiæ confirmanti, *l.* 1. §. 1. *verſic. ſed etſi*, *ff. quæ ſententiæ ſine appellat. &c.* Sententia enim appellationis ſe refert ad primam ſententiam.

Vt autem † quis hæc ſibi auxilia reſcindendæ ſententiæ polliceri poſſit, neceſſariò habet primo, vt liquidò probet, falſas allegationes, inſtrumenta falſa confecta fuiſſe, *d. l. ſi Prætor*, *ſeptuageſima quinta. verſic. Marcellus. ff. de iudiciis*, 44

iudiciis, liquidò inquam, id eſt, ita perſpicuè, clarè & dilucidè probandum, vt id ita habere iudici liquere, & conſtare probatione poſſit, *vt exponit Robertus, receptarum ſentent. libr. 3. capit. 2.*

Secundo, ſecundum quoſdam requiritur quod teſtes falſa depoſuerint & falſa corrupti dixerint, *Dd. ad d. l. diuus, 33.* quę vtrumque requirere videtur, *cap. 9. licet cauſam, ext. de probat. ibi*, Quod corrupti falſa dixiſſent &c. cap. ſicut. 9. ext. de teſtibus, ibi, ſe corruptos dicunt Teſtimonium perhibuiſſe falſitati &c. ſunt tamen, qui exiſtiment, alterutrum ſufficere argumento inſtrumentorum, cum eadem ſit ratio, *l in exercendis, C de fide inſtrum.* deinde, probationem vtriuſq; difficilem eſſe, cum clàm & occultè corruptiones fieri ſoleant.

Tertio, ſi teſtes corrupti probentur, falſa dixiſſe præſumuntur,
45 *l. 1. ff. de falſis*, & hanc † opinionem æquiorem puto, ſufficere videlicet corruptionem teſtium, licet non doceatur, falſum teſtimonium dixiſſe, aut ſi appareat falſos teſtes eſſe, non etiam corruptos, hæc inquam ſumma æquitate ſubnixa eſt, vt denuò cognoſcatur de cauſa, & animaduertatur in Teſtes, eorumque corruptores, in cuius opinionis corroborationem adduci poterit, *l. 1. tertia, C. de falſis inſtrumentis, d. l. diuus, verſic. ſi tibi probauerit, ibidem Duarenus &c. l. 3 §. 5. l. Iulia ff. de Teſtibus, L ſi quis teſtib. 17. vbi communiter, Dd. & Gilken' num. 19. C. de teſtibus.* Sin autem quis ad vtrumque probandum, ſe adſtrinxerit, non aliter obtinebit, *d. cap. ſicut, 9. & d. cap. licet cauſam, 9.* Et hæc de teſtibus.

46 Sin autem † de inſtrumentis quæramus, quibuſdam videtur, dolum aduerſarij interuenire debere, ſcientis inſtrumenta falſa, *l. ſi Prætor, verſic. Marcellus, ibi.* Si per dolum ſciens falſo aliquid allegauit &c. contrarium tamen verius videtur, idque authoritate *cap. 6. cum venerabilis, ext. de exceptionibus*, vbi ſententiæ prætextu falſorum inſtrumentorum, vſque ad 20. annos retractatur, nulla mentione facta doli aduerſarij interuenientis, ſecundo *tot. tit C. ſi ex falſis inſtrum:* quo cauetur, ſi ex falſis

Digitized by Google

falſis inſtrumentis, vel teſtationibus circumſcriptam eſſe religionem iudicantis doceatur, ex integro cauſam audiendam. Tertio, cum ſententia æquiparetur tranſactioni, quæ retractatur, etiamſi producens de falſitate inſtrumentorum nihil ſciuerit, *Bartholus, Salicetus Iaſon, Fulgoſius, Caſtrenſis, in l. ſi ex falſis, C. de tranſaction.* idem iuris obtinebit in ſententia. Denique, *I C. in l. qui agnitis ff. de exceptionibus*, vim præcipuè facit, in inſtrumentis apertè falſis, Iudex tamen, qui de cauſa cognoſcit, pro ſua humanitate, ita rem temperabit, vt ſi per errorem, eiuſmodi inſtrumenta prolata ſint, ignoſcendum ei, qui tale quidquam protulerit, ſin autem conſcius fuerit falſitatis, pro menſura delicti, conſtituendum in eum, *Tex. elegans, in l. 32. diuus, ff. ad Legem Corneliam, de falſis.* Tertio, † & vltimo, quod 47 præcipuum eſt, requiritur, iudicem ſecutum fuiſſe fidem falſorum inſtrumentorum, & latam ſententiam, ex falſis depoſitionibus Teſtium, & non aliunde, *d. l. ſi Prætor, 75. ff. de iudiciis, l. 1. & 3 C. ſi ex falſis inſtrumen. cap. 22. cum I. & A. extr. de ſententia & re iudicata.*

Supereſt, vt argumentis, pro ſecunda opinione adductis, reſpondeamus.

Ad *d. l. diuus*, quod attinet, eam ſuperius commodam interpretationem recepiſſe, arbitror.

Ad ſecundum dicendum, ſi euidens calumnia, & dolus tranſigentis interueniat, producentis falſa inſtrumenta, tranſactionem ita initam, ipſo iure vitiari, *l. in ſumma, 65. §. 1. ff. de condictione indebiti, Gilken. in l. ſub prætextu, num. 11. C. de tranſactionibus.*

Nec obſtat, † quod *in d. l. ſi ex falſis, C. de tranſactionibus*, 49 mentio fiat retractationis, dupliciter enim hoc ſubmoueri poteſt, primò, quod ſecundum quorundam Dd. expoſitionem, ibi nullus dolus interceſſerit, vnde neceſſariò alio remedio ſuccurrendum fuit, vel licet hæc verba reſcindere, retractare &c. præſupponant actum, qui ante tenebat, rectè tamen

Q accom-

accommodari ad ea, quæ ipſo iure nulla ſunt, *l. 1. §. 1. ff. de feriis*, cum alijs ſupra adductis.

Ad tertium reſponderi poteſt, quod ſententia à iudice, falſis teſtimonijs, vel inſtrumentis circumſcripto lata, nulla ſit, id delicti admiſſi grauitatem, & pernicioſum perfidiæ exemplum conciliare, quod autem ibidem dictum, probationem non eſſe de ſubſtantia iudicij, illud non ſimpliciter verum, *per gloſſ. in cap. Eccleſia, S. Mariæ, ext. de Conſtitut. Maranta, part. 6. tit. Et demum fertur ſententia, nu. 59. VVeſenb. in paratit. de re iudic. num. 7.* Semper enim verè, vel per repræſentationem interuenit, & quamuis iudicium ſine probatione ſubſiſtere poſſit, ſi actor in probatione deficiat, *l. qui accuſare, C. de edendo*, ſi tamen paratus quis ſit, probationes inferre, Iudex illas recipere, & demum ritè illis excuſſis pronunciare debet, *Dd. ad l. ſtatuimus, C. de ſententiis ex breuiculo recit.* etſi de earum falſitate quis docere poſſit, ſententia retractanda, quatenus de facto executioni mandata eſt, hæc autem eo pertinent, non ideò ſententiam ex falſis inſtrumentis latam, nullius eſſe momenti, eò quod querela nullitatis intentari poſſit, aut quotieſcunq; alicui defertur ea, ſententia ſit nulla, quia contra ſententiam, quæ tranſiſſe videtur in rem iudicatam, querela deferri poterit, ſed ita intelligēda, vt contra rem ita iudicatam, plura remedia deferantur, quibus ſi falſitas detecta ſit, abſq; in integrum reſtitutione, omnia nulla eſſe, & ita de principali cauſa denuò quærendum, *vt ait l. 1. Cod. de Aduocatis diuerſorum iudiciorum*,
49 ſententiam inquam, † nullius momēti eſſe, quia falſitas inſtrumentorū inficiat ſentētiam vitio intrinſeco & formali, & ſubſtantia rei iudicatæ abſit, falſa .n. ſententia non eſt ſentētia &c. ſententia tamē opus eſt, qua declaratur, ſentētiam eſſe nullam vel irritandā, & de integro cauſam tractandā, prout paſſim de ijs dicuntur, quæ ipſo iure fiunt, ſententiam tamen declaratoriam requiri, *Gail, lib. 2. de Pace publica. cap. 3.*

50 Hactenus † dicta de ſententia lata ex falſis allegationibus, optimo iure transferri, & produci poſſunt, ad mandata ſub & obre-

obreptitiè impetrata, vt comperta ipſorum falſitate, non ſolum mandata, ſed etiam ea, quæ inde conſequuntur, etiamſi ſententiæ, ſint nullius valoris, *capit. conſtitutus, extr. de Reſcriptis, capit. fin. extr. de præbendis*, vbi iubet Summus Pontifex, omnia irrita decerni, quæ tale mandatum ſubſequuta fuerant. Quibus reſpondet *cap. 31. ad audientiam, cap. cum dilecta, 22. ext. de Reſcriptis*, eleganter *cap. 16. dicenti, cum ſeq &c. 25. q. 6.* idq; non ſine ratione, corrupto enim antecedente, & fundamento, neceſſariò quoque corruit conſequens. Huc accedat *l. fin. ff. de conſtituta pecunia*, vbi probatur, ſi mendacium, vel falſa perſuaſio cauſam dat contractui, non valere vllo modo, quod inde ſecutum eſt, quæ ratio ad iudicia extendi poteſt, cum per hæc deueniatur ad ſententiam, vt in ſimili ratione dicit *lex, cum leg. 46. ff. de fideiuſſor:* eleganter Iuris Conſult. *in leg. ſi quis, 29 ff. de falſis*, vbi ita Reſcriptum *refert*, Si libello dato, aduerſarius tuus veritatem in precibus ab eo datis, non adiecit, ſubſcriptione vti non poteſt, &c. Olim enim libellis datis, Imperatores ſubſcripſiſſe, *conſtat ex Briſſonio, libr. 3. de formul. Roman. Imper. fol. mihi, 192. & fol. 324. cum ſeq.* vbi exempla & authoritates paſſim adducit, ſi itaque † quid obreptum ſit, nihil agit, *inquit Tex. in d. l. 29.* imò pœnam inferre tenetur, etiamſi falſum ſimpliciter dicat narrando, *d. l. ſi quis*, quamuis quidam requirant, falſum obreptum fuiſſe, narrando & probando, quos refert *Menoch. lib. 2. de arbit. iudic. centur. 4. caſu, 314.* 51

Hinc, in Camera Imper. comperta falſitate narratorum, annullantur, caſſantur mandata, cum expenſis &c. *videantur tradita, in tom. 4. Symph. part. 1. voto, 24. à nu. 1. vſq; ad 14. Gail. lib. 1. obſ. 14. n. 3.*

Perſequamur & alias ſententias nullas, à quibus appellare non eſt neceſſe.

Septimo itaq; † venales ſententiæ, quæ à corruptis iudicibus proferuntur, nullius momenti ſunt, citra interpoſitæ prouocationis auxilium, *l. Venales, C quando prouocare nō eſt neceſſe*, 52

de qua re plenius conſule *tit. inſtit. de obligat. quæ quaſi ex delicto &c. l. ex maleficiis*, §. *ſi iudex. ff. de obligat. & action. l. vlt. ff. de extraordin. cognit. l. 15. filius, cum ſeq ff. de iudiciis. l. 6. ff. ad L. Iuliam repetundarum, tot. tit. Cod. de pœna iudicis, qui male &c.* extat in hanc rem *l. 12. tabularum, ibidem Balduinus, cap.* 52. Iudex, qui ob rem dicendam, pecuniam accepiſſe conuictus eſt, capite punitor, huius rei exemplum vetuſtiſſimum, extat, in hiſtoria Cambyſis Perſarum Regis, qui mali cuiuſdam Iudicis ex corpore pellem detractam, ſellæ intendi, in eaq; filium eius iudicaturum conſidère iuſſit, *Valerius Max. lib. 6. cap. 3. in fine*, & ſanè totius iuſtitiæ nulla eſt capitalior peſtis, quam horum iudicum, qui dum maximè fallunt, id agunt vt boni viri videantur, &c. & nihilominus animaduertendum in illum, etiamſi rectè iudicet, præmium tamen indè remunerationis exſpectat, quia fraudem in Deo perpetrat, & iuſtitiam quam gratis impertiri debuit, acceptione pecuniæ vendit, *cap. 66. qui rectè*, 11. *q.* 3. De pœna iudicis corrupti, *videatur Menoch. lib. 2. de arbit. iudic. cent. 4 obſ 342. cum ſeq.*

53 Octauo, † ſententia reuocatoria prioris nulla eſt, *l. 1. C. ſententiam reſcindi non poſſe*, Iudex enim ſiue ordinarius, *l. Paulus*, 42. *l. quod iuſſit*, 14. *l. Iudex*, 55. *ff. de re iudic. l. ſi operis*, 14. *cum l. ſeq C. de pœnis, l Diui*, 27 *ff. eod. tit.* ſiue delegatus, *cap. 9. in literis, cap. 38 ſignificantibus, ext. de offic. deleg.* ſiue arbiter, *l. qualem*, 19. §. 2. *vnde, ff. de arbitris*, excepto ſolo Principe *l. 1. §. vlt. ff. de quæſtion. d. l. Diui*, 27. ſententiam reuocare, mutare, corrigere, ea quæ pertinent ad ſubſtantialia ſententiæ, non poſſunt; *dict. l. Paulus*, 42. *l. 45. acta*, §. 1. *l. actorum*, 46. *l. 62. cum quærebatur, ff. de re iudic. l. 2. vbi communiter Dd. C. de ſententiis ex breuiculo recitandis*, ſemel enim ſiue bene ſiue malè functus eſt officio, quod ſignificat *Apuleius, his verbis.* Pro Conſulis autem à tabella ſententia eſt, quæ ſemel lecta, neq; augeri litera vna, neq; autem minui poteſt, ſed vtcunque recitata eſt, Prouinciæ inſtrumento refertur, *plura apud Briſſonium de formul. Rom. Imp. fol. mihi*, 461. idem iudicium eſt de pœna, *l. 1. § ſi ff de quæ-*

Digitized by Google

quæſtion. l. 27. Diui. ff. de pœnis, videatur Cuiacius, lib. 20. obſer. cap. 32. Menochius, lib. de arbitrar. iud. 1. q. 96. & 98. Quod notandum contra Iudices huius tempeſtatis, qui gratia, vel ambitione ducti, ad libellos partium, aut alterius, mutant, corrigunt ſententias &c. reliqua tamen, quæ ad conſequētiam ſententiæ pertinent, ſupplere poſſunt, *d. l. Paulus,* 42. dummodo id eodem die fiat, vt fructus &c. *Baldus in l. 2. C. de vſuris rei iudicatæ*, item, declarare ſententiam poſſunt tenore ſententiæ perſeuerante, *l. Actorum,* 46. *ff. de re iudic. Dd. ad l. 2. C. de ſententiis ex breuic.* citatis ad hoc litigatoribus, *l. de vnoquoq. ff. de re iudic.* quæ declaratio tantum ſemel facienda exiſtimatur *per gloſſ. ſingularem, in l. quidquid adſtringendæ, ff. de verb. obligat.* ibidem *Iaſon, Angelus, in l. quod iuſſit, ff. de re iudicat.* animaduertendum autem, ne per talem declarationem, ſubſtantialia ſententiæ mutentur, interpretatio enim, aut declaratio admittitur, ſi congrua verbi expoſitio adferatur, quia declarans nihil de nouo facit, ſed factum declarat, *leg. 21. hæredes, §. 2. ſi quid, verſ. nihil enim nunc dat, ſed datum ſignificat &c. ff. de teſtamentis.* Si tamen quis exiſtimet, malè interpretatum, ab eo appellare licet, & in cauſa appellationis reddenda hoc ſolum quærendum, an iure interpretatum ſit, nec committendum, vt merita cauſæ principalis, cum interpretatione ſententiæ, com. aut intermiſceantur, *l. ab executore 4. §. 1. ff. hoc titul.* An autem huiuſmodi declarationes ſententiæ alibi latæ, in Cam. Imp. fieri poſſint, *videatur Gail, lib. 1. obſ. cap. 116. nu. 8. Author praiudic. Cam. in verbo ſententia, fol. 313. ibi ſententia dubia, tom. 1. part. 2. tit. 14. voto 2.* Porrò, declarationes ad proximè dicta, traduntur *ad l. Iudex, 55. ff. de re iudic. & l. 2. C. de ſententiis ex breuiculo recitandis.* Quarum prima eſt, ſi quid ſit petitum officio iudicis nobili, vt vocant, & ſuper eo lata ſit ſententia, tunc idem ex officio eodem reuocari poſſe, *Maranta, part. 6. tit. & demum fertur ſententia. num* 8 ſanè hæc limitatio periculoſa eſſet, ſi iudicibus officio nobili implorato pro libitu permitteretur, ſententiæ ab ipſis latæ reuocatio, quare

falſis, vbi inquit Modeſtinus I. C. Si quis obrepſerit Præſidi Prouinciæ tàm peracta, quam per libelli interpellationem nihil agere, quæ verba emphaſim habent.

Tertio adducitur *l. 75. ſi Prætor, ff. de iudiciis, in hæc verba*, ſi per dolum ſciens falſo aliquid allegauit, & hoc modo conſecutum eum, ſententia Prætoris liquido fuerit approbatum, exiſtimo, debere iudicem, querelam rei admittere &c. nec quidquam facit ibi contra abſentem latam eſſe ſententiam, quia I. C. non vim conſtituit in abſentia, ſed in eo, quod religionem iudicantis falſis allegationibus circumuenerit, ſeu quod obrepſerit prætori, *l. 26. cum vero, §. hoc S. C 8. verſicul. proindè, ff de fidecommiſſ. libertatib.* in eadem cauſa cenſetur ſententia ex falſis Teſtibus lata, *l. 3. falſam, C. ex falſis inſtrum. &c.* & per regulam generalem, *l. in exercendis, C. de fide inſtrument* quodque pronunciatione inſtrumentorum etiam teſtes contineantur, *l. notionem*, 99. *§. 2. inſtrumentorum, ff. de verb. ſignificat.*

41 Diſſentiunt tamen † quidam interpretum, *ad l. diuus* 33. *ff. de re iudic.* conſtituentes, ſententiam latam ex falſis inſtrumentis, vel teſtibus, non eſſe ipſo iure nullam, ſed ope reſtitutionis in integrum eſſe retractandam, *authoritate d. l. 33. diuus. vbi I. C. Calliſtratus, & Adrianus Imperator pronunciant.* Iudicante eo falſis teſtimonijs conſpiratione aduerſariorum, teſtibus pecunia corruptis, Religionem iudicis circumuentam eſſe, in integrum cauſam reſtituendam &c quare ſententia nõ erit ipſo iure nulla, cum id quod nullum, reſcindi non poſſit, *leg. 5. nam etſi, verſicul poſt defunctum, ff. de iniuſto, rupto, irrito &c.*

Secundò, tranſactionem & ſententiam æquiparari, *leg. 20. non minorem. Cod de tranſact* illam autem ex falſis inſtrumentis initam, beneficio reſtitutionis in integrum eſſe reſcindendam, conſtare *ex l ſi ex falſis, Cod. eod tit.*

Tertiò, ſententiam ex falſa cauſa prolatam non eſſe nullam, per allegata à *Facbinco, lib. 10. contro. cap* 83.

Quar-

Quarto, ſententia ita pronunciata, licet ſit iniqua, tamen non eſt nullius momenti, cum non contrà iuris ordinem, ſeu ſubſtantialia iudicij, ſed ſecundum allegata & probata lata ſit.

Quibus accedat, quod probationes non ſint de ſubſtantiâ iudicij, quare potius contrà ius litigatoris, quàm contrà ſubſtantialia, proceſſus iudiciarij, videtur hoc modo prolata.

Denique inſtat *Menochius, de arbit. iudic. lib. 2. centur.* 1. *caſu* 15. probationes non pertinere ad ſubſtantiam ſententiæ, vndè compertis falſis inſtrumentis, non ipſo iure annullari ſententiam, cum dolus, qui falſi ſubſtantia ſit, non reddat actum ipſo iure nullum, *l. penult. C. de inutilibus ſtipulatio.*

Huic quæſtioni cum ſua vtilitas conſtet, propter tempus petendæ reſtitutionis in integrum, *l. vlt. C. de temporibus in integr. reſtit.* Res paulo altius repetenda, ſi hæc opinio ſimpliciter ſequenda eſſet, manifeſto exſurget iniquitas, cum decurſo quadriennio, ſententia ita lata, retractari non poſſit, contrà iuris ſcripti & æquitatis rationes proderit circumueniſſe iudicis Religionem, quod ferendum non eſt, propter expreſſam deciſionem textus in ſui ratione, quæ generalis eſt, *in l. 1. C. ſi tutor vel curator, falſis allegationibus &c.* Quare † rem ita digerendam puto, aut enim ad impediendam executionem, quis ſe offert ad liquido probandum, aduerſarium falsò quid allegaſſe, & hoc modo eum conſecutum, ſententia iudicis, ideoque ita iudicatum, exequi non debere, ſuperſedendum ab executione, *cap. ſuper eo, 2. ext. de crimine falſi*, & citrà beneficium reſtitutionis in integrum, exceptione ſe tueri poterit, *l. fin. C. ſi ex falſis inſtrumentis. d. l. ſi prætor, 75.* quæ in his terminis loquitur. *Panormitanus, in capit. cum venerabilis, ext. de exception. Fulgoſius, Alciatus, in l. ſi ex falſis, C. de tranſactionibus*, & merito, nemini enim prodeſſe debet improbitas, ſeu malitia: Sin autem ſententiam executam proponamus, quo remedio læſo ſuccurrendum, decurſo tempore petendæ reſtitutionis in integrum? Huic deferunus duo beneficia, ad retractandam 42.

 ſen-

creditis &c. Rationem huius explicat *Cuiacius libr.* 18. *obſ. cap.* 35. Nec refert, ſi quis inſtet, ſententiam ipſo iure inualidam eſſe, detecta prius falſitate, per reſtitutionem in integrum, cum enim principalibus conſtitutionibus manifeſte caueatur, rei iudicatæ ex falſis inſtrumentis latæ, præſcriptionem non opponi, nulla facta mentione, reſtitutionis prius impetratæ, hanc neceſſariam contra mentem conſtitutionem dici non poterit. Secunda interpretatio eſt, *ad dict. l. diuus*, verbum reſtituere rectè accommodari ad ea, quæ ipſo iure nulla ſunt, *dict. leg.* 3. *§. diuus, iuncta leg.* 7. *ff. de iure Fiſci*, ſicuti de verbis reſcindendi, retractandi &c. dicitur, *leg. ambitioſa, quarta iuncto §. primo. ff. de decretis ab ordine &c. leg. ex facto*, 43. *§. Lucius ff. de vulgari & pupillari ſubſtitut. leg. iurisgentium, §. paciſcar, ff. de pactis, leg.* 136. *ff. de verb. obligat. l.* 1. *§.* 1 *ſed ſi Prætor in fine, ff. de Feriis, l.* 1. *C. de reſcindenda venditione.*

Et huic opinioni, quam defendimus, ſubſcribunt, *Cumanus, Duarenus, ad d. l.* 33. *diuus*, quamuis etiam actionem in factum, in iudicium deducere non prohibeatur, *l. qui nomen*, 15. *ff. de falſis*, eamque ad 30. annos, *l. omnes*, 30. *Cod. de præſcript.* 30. *annorum*, (quod & in querela nullitatis receptum eſt, *Maranta part. 6. titul. & demum fertur ſententia, num.* 154.) quod eo producitur, vt illa falſa allegatio, ſeu ſententia lata ex falſis inſtrumentis, non confirmetur, per appellationem interpoſitam, *leg. ſi expreſſim, ibidem Barth. ff. hoc titul. tom.* 2. *Symph. par.* 2. *voto*, 48. *numer.* 39. Ratio eſt, quia falſa allegatio, commiſſa in ſententia prima, cenſetur ineſſe ſententiæ confirmanti, *l.* 1. *§.* 1. *verſic. ſed etſi, ff. quæ ſententiæ ſine appellat. &c.* Sententia enim appellationis ſe refert ad primam ſententiam.

Vt autem † quis hæc ſibi auxilia reſcindendæ ſententiæ polliceri poſſit, neceſſariò habet primo, vt liquidò probet, falſas allegationes, inſtrumenta falſa confecta fuiſſe, *d. l. ſi Prætor, ſeptuageſima quinta. verſic. Marcellus. ff. de* 44

iudiciis,

iudiciis, liquidò inquam, id eſt, ita perſpicuè, clarè & dilucidè probandum, vt id ita habere iudici liquere, & conſtare probatione poſſit, *vt exponit Robertus, receptarum ſentent. libr. 3. capit. 2.*

Secundo, ſecundum quoſdam requiritur quod teſtes falſa depoſuerint & falſa corrupti dixerint, *Dd. ad d. l. diuus, 33.* quę vtrumque requirere videtur, *cap. 9. licet cauſam, ext. de probat. ibi,* Quod corrupti falſa dixiſſent &c. cap. ſicut. 9. ext. de teſtibus, ibi, ſe corruptos dicunt Teſtimonium perhibuiſſe falſitati &c. ſunt tamen, qui exiſtiment, alterutrum ſufficere argumento inſtrumentorum, cum eadem ſit ratio, *l. in exercendis, C. de fide inſtrum.* deinde, probationem vtriuſq; difficilem eſſe, cum clàm & occultè corruptiones fieri ſoleant.

Tertio, ſi teſtes corrupti probentur, falſa dixiſſe præſumuntur, *l. 1. ff. de falſis,* & hanc † opinionem æquiorem puto, ſufficere videlicet corruptionem teſtium, licet non doceatur, falſum teſtimonium dixiſſe, aut ſi appareat falſos teſtes eſſe, non etiam corruptos, hæc inquam ſumma æquitate ſubnixa eſt, vt denuò cognoſcatur de cauſa, & animaduertatur in Teſtes, eorumque corruptores, in cuius opinionis corroborationem adduci poterit, *l. 1. tertia, C. de falſis inſtrumentis, d. l. diuus, verſic. ſi tibi probauerit, ibidem Duarenus &c. l. 3 §. 5. l. Iulia ff. de Teſtibus, l. ſi quis teſtib. 17. vbi communiter, Dd. & Gilken' num. 19. C. de teſtibus.* Sin autem quis ad vtrumque probandum, ſe adſtrinxerit, non aliter obtinebit, *d. cap. ſicut, 9. & d. cap. licet cauſam, 9.* Et hæc de teſtibus.

46 Sin autem † de inſtrumentis quæramus, quibuſdam videtur, dolum aduerſarij interuenire debere, ſcientis inſtrumenta falſa, *l. ſi Prætor, verſic. Marcellus, ibi.* Si per dolum ſciens falſo aliquid allegauit &c. contrarium tamen verius videtur, idque authoritate *cap. 6. cum venerabilis, ext. de exceptionibus*, vbi ſententiæ prætextu falſorum inſtrumentorum, vſque ad 20. annos retractatur, nulla mentione facta doli aduerſarij interuenientis, ſecundo *tot. tit. C. ſi ex falſis inſtrum:* quo cauetur, ſi ex falſis

Digitized by Google

falſis inſtrumentis, vel teſtationibus circumſcriptam eſſe religionem iudicantis doceatur, ex integro cauſam audiendam. Tertio, cum ſententia æquiparetur tranſactioni, quæ retractatur, etiamſi producens de falſitate inſtrumentorum nihil ſciuerit, *Bartholus, Salicetus Iaſon, Fulgoſius, Caſtrenſis, in l. ſi ex falſis, C. de tranſaction.* idem iuris obtinebit in ſententia. Denique, *I C. in l. qui agnitis ff. de exceptionibus*, vim præcipuè facit, in inſtrumentis apertè falſis, Iudex tamen, qui de cauſa cognoſcit, pro ſua humanitate, ita rem temperabit, vt ſi per errorem, eiuſmodi inſtrumenta prolata ſint, ignoſcendum ei, qui tale quidquam protulerit, ſin autem conſcius fuerit falſitatis, pro menſura delicti, conſtituendum in eum, *Tex. elegans, in l. 32.* 47
diuus, ff. ad Legem Corneliam, de falſis. Tertio, † & vltimo, quod præcipuum eſt, requiritur, iudicem ſecutum fuiſſe fidem falſorum inſtrumentorum, & latam ſententiam, ex falſis depoſitionibus Teſtium. & non aliunde, *d. l. ſi Prætor, 75. ff. de iudiciis, l. 1. & 3 C. ſi ex falſis inſtrumen. cap: 22. cum I. & A. extr. de ſententia & re iudicata.*

Supereſt, vt argumentis, pro ſecunda opinione adductis; reſpondeamus.

Ad *d. l. diuus,* quod attinet, eam ſuperius commodam interpretationem recepiſſe, arbitror.

Ad ſecundum dicendum, ſi euidens calumnia, & dolus tranſigentis interueniat, producentis falſa inſtrumenta, tranſactionem ita initam, ipſo iure vitiari, *l. in ſumma, 65. §. 1. ff. de condictione indebiti, Gilken. in l. ſub prætextu, num.* 11. *C. de tranſactionibus.*

Nec obſtat, † quod *in d. l. ſi ex falſis, C. de tranſactionibus*, 49
mentio fiat retractationis, dupliciter enim hoc ſubmoueri poteſt, primò, quod ſecundum quorundam Dd. expoſitionem, ibi nullus dolus interceſſerit, vnde neceſſariò alio remedio ſuccurrendum fuit, vel licet hac verba reſcindere, retractare &c. præſupponant actum, qui ante tenebat, rectè tamen

accommodari ad ea, quæ ipſo iure nulla ſunt, *l. 4. §. 1. ff. de feriis*, cum alijs ſupra adductis.

Ad tertium reſponderi poteſt, quod ſententia à iudice, falſis teſtimonijs, vel inſtrumentis circumſcripto lata, nulla ſit, id delicti admiſſi grauitatem, & pernicioſum perfidiæ exemplum conciliare, quod autem ibidem dictum, probationem non eſſe de ſubſtantia iudicij, illud non ſimpliciter verum, *per gloſſ. in cap. Eccleſia, S. Mariæ, ext. de Conſtitut. Maranta, part. 6. tit. Et demum fertur ſententia, nu. 59. VVeſenb. in paratit. de re iudic. num. 7.* Semper enim verè, vel per repræſentationem interuenit, & quamuis iudicium ſine probatione ſubſiſtere poſſit, ſi actor in probatione deficiat, *l. qui accuſare, C. de edendo*, ſi tamen paratus quis ſit, probationes inferre, Iudex illas recipere, & demum ritè illis excuſſis pronunciare debet, *Dd. ad l. ſtatuimus, C. de ſententiis ex breuiculo recit.* etſi de earum falſitate quis docere poſſit, ſententia retractanda, quatenus de facto executioni mandata eſt, hæc autem eo pertinent, non ideò ſententiam ex falſis inſtrumentis latam, nullius eſſe momenti, eò quod querela nullitatis intentari poſſit, aut quotieſcunq; alicui defertur ea, ſententia ſit nulla, quia contra ſententiam, quæ tranſiſſe videtur in rem iudicatam, querela deferri poterit, ſed ita intelligēda, vt contra rem ita iudicatam, plura remedia deferantur, quibus ſi falſitas detecta ſit, abſq; in integrum reſtitutione, omnia nulla eſſe, & ita de principali cauſa denuò quærendum, *vt ait l. 1. Cod. de Aduocatis diuerſorum iudiciorum*,
49 ſententiam inquam,† nullius momēti eſſe, quia falſitas inſtrumentorū inficiat ſentētiam vitio intrinſeco & formali, & ſubſtantia rei iudicatæ abſit, falſa .n. ſententia non eſt ſentētia &c. ſententia tamē opus eſt, qua declaratur, ſentētiam eſſe nullam vel irritandā, & de integro cauſam tractandā, prout paſſim de ijs dicuntur, quæ ipſo iure fiunt, ſententiam tamen declaratoriam requiri, *Gail, lib. 2. de Pace publica. cap. 3.*

50 Hactenus † dicta de ſententia lata ex falſis allegationibus, optimo iure transferri, & produci poſſunt, ad mandata ſub & obre-

Digitized by Google

obreptitiè impetrata, vt comperta ipſorum falſitate, non ſolum mandata, ſed etiam ea, quæ inde conſequuntur, etiamſi ſententiæ, ſint nullius valoris, *capit. conſtitutus, extr. de Reſcriptis, capit. fin. extr. de præbendis*, vbi iubet Summus Pontifex, omnia irrita decerni, quæ tale mandatum ſubſequuta fuerant. Quibus reſpondet *cap. 31. ad audientiam, cap. cum dilecta, 22. ext. de Reſcriptis*, eleganter *cap. 16. dicenti, cum ſeq & c. 25. q. 6.* idq́; non ſine ratione, corrupto enim antecedente, & fundamento, neceſſariò quoq́ue corruit conſequens. Huc accedat *l. fin. ff. de conſtituta pecunia*, vbi probatur, ſi mendacium, vel falſa perſuaſio cauſam dat contractui, non valere vllo modo, quod inde ſecutum eſt, quæ ratio ad iudicia extendi poteſt, cum per hæc deueniatur ad ſententiam, vt in ſimili ratione dicit *lex, cum leg. 46. ff. de fideiuſſor:* eleganter Iuris Conſult. *in leg. ſi quis, 29 ff. de falſis*, vbi ita Reſcriptum *refert*, Si libello dato, aduerſarius tuus veritatem in precibus ab eo datis, non adiecit, ſubſcriptione vti non poteſt, &c. Olim enim libellis datis, Imperatores ſubſcripſiſſe, *conſtat ex Briſſonio, libr. 3. de formul. Roman. Imper. fol. mihi, 192. & fol. 324. cum ſeq.* vbi exempla & authoritates paſſim adducit, ſi itaque † quid obreptum ſit, nihil agit, *inquit Tex. in d. l. 29.* imò pœnam inferre tenetur, etiamſi falſum ſimpliciter dicat narrando, *d. l. ſi quis*, quamuis quidam requirant, falſum obreptum fuiſſe, narrando & probando, quos refert *Menoch. lib. 2. de arbit. iudic. centur. 4. caſu, 314.* 51

Hinc, in Camera Imper. comperta falſitate narratorum, annullantur, caſſantur mandata, cum expenſis &c. *videantur tradita, in tom. 4. Symph. part. 1. voto, 24. à nu. 2. vſq; ad 14. Gail. lib. 1. obſ. 14. n. 3.*

Perſequamur & alias ſententias nullas, à quibus appellare non eſt neceſſe.

Septimo itaq; † venales ſententiæ, quæ à corruptis iudicibus proferuntur, nullius momenti ſunt, citra interpoſitæ prouocationis auxilium, *l. Venales, C. quando prouocare nõ eſt neceſſe*, 52

quæſtion. l. 27. Diui. ff. de pœnis, videatur Cuiacius, lib. 20. obſer. cap. 32. Menochius, lib. de arbitrar: iud. 1. q. 96. & 98. Quod notandum contra Iudices huius tempeſtatis, qui gratia, vel ambitione ducti, ad libellos partium, aut alterius, mutant, corrigunt ſententias &c. reliqua tamen, quæ ad conſequẽtiam ſententiæ pertinent, ſupplere poſſunt, *d. l. Paulus,* 42. dummodo id eodem die fiat, vt fructus &c. *Baldus in l. 2. C. de vſuris rei iudicatæ*, item, declarare ſententiam poſſunt tenore ſententiæ perſeuerante, *l. Actorum, 46. ff. de re iudic. Dd. ad l. 2. C. de ſententiis ex breuic.* citatis ad hoc litigatoribus, *l. de vnoquoq; ff. de re iudic.* quæ declaratio tantum ſemel facienda exiſtimatur, *per gloſſ. ſingularem; in l. quidquid adſtringendæ, ff. de verb. obligat.* ibidem *Iaſon, Angelus, in l. quod iuſſit, ff. de re indicat.* animaduertendum autem, ne per talem declarationem, ſubſtantialia ſententiæ mutentur, interpretatio enim, aut declaratio admittitur, ſi congrua verbi expoſitio adferatur, quia declarans nihil de nouo facit, ſed factum declarat, *leg. 21. hæredes, §. 2. ſi quid, verſ. nihil enim nunc dat, ſed datum ſignificat &c. ff. de teſtamentis.* Si tamen quis exiſtimet, malè interpretatum, ab eo appellare licet, & in cauſa appellationis reddenda hoc ſolum quærendum, an iure interpretatum ſit, nec committendum, vt merita cauſæ principalis, cum interpretatione ſententiæ, com. aut intermiſceantur, *l. ab executore 4. §. 1. ff. hoc titul.* An autem huiuſmodi declarationes ſententiæ alibi latæ, in Cam. Imp. fieri poſſint, *videatur Gail, lib. 1. obſ. cap. 116. nu.* 8. *Author præiudic. Cam. in verbo ſententia, fol. 313. ibi ſententia dubia, tom. 1. part: 2. tit. 14. voto 2.* Porrò, declarationes ad proximè dicta, traduntur *ad l. Iudex, 55. ff. de re iudic. & l. 2. C. de ſententiis ex breuiculo recitandis.* Quarum prima eſt, ſi quid ſit petitum officio iudicis nobili, vt vocant, & ſuper eo lata ſit ſententia, tunc idem ex officio eodem reuocari poſſe, *Maranta, part. 6. tit. & demum fertur ſententia. num* 8. ſanè hæc limitatio periculoſa eſſet, ſi iudicibus officio nobili implorato pro libitu permitteretur, ſententiæ ab ipſis latæ reuocatio, quare

 † cum

His tamen † non puto tantum deferendum eſſe, quin communem opinionem non amplectendam exiſtimarem, idque authoritate *cap. cum ceſſante, ext. cap* 10. *ſi à Iudice , hoc tit. in* 6. Quibus accedat, cum interlocutiones non fiant, niſi cauſa cognita, v. g dilatio, non concedatur, niſi ea conſiderata, *dict. l. fin. ff. de Feriis, dict. l. à procedente, Cod. de dilationibus,* quid impedimenti erit, quo minus Iudex dilationem conceſſam alia interlocutione reſtringere poſſit, ſi animaduertat, ſibi obreptum eſſe, & eam litis protrahendæ gratiam petitam. Secundo, etiam ea, quæ adhibita cauſæ cognitione à Prætore explicari ſolent, reuocari poſſunt, *l. quamuis, 9. iuncta, l. ſi prædia,* 11 *ff. de rebus eorum &c.* Cum itaque communis opinio prædictis legibus , *& l. qualem,* 19. §. *vlt. & l. quod ſemel,* 5. *ff. de decretis ab ordine faciendis,* probata & vſu recepta ſit, *Rulantus part.* 3. *lib* 9. *de remediis conſeruand. cap* 14. *n.* 18. vbi refert ex officio, vſq; ad ſententiam, definitiuam, huiuſmodi reuocationes admitti, idq; confirmet præiudicijs, non diutius inſiſtendum. 57

An autem † ſentētia nulla ſit, quæ ita profertur, condemno ſi eſt probatum, in diſceptationem vocatur, & quidem *Barthol. in l. ait Prætor,* 5. §. 1. *ff. de re iudic.* in ea ſententia eſt, eam ſubſiſtere, *authoritate dicti* §. *primi ſi iudex, & leg.* 59. *in ſententiis, ff. eodem.* Verum, cum ibidem ſententia fiat certa, per relationem, à Barth. ſententia diſceditur, *dict. leg. in ſententiis,* 59. §. 2. *qui fortiꝰ, ff de re iudicat. leg.* 21. *qui tamen,* §. 3. *Pomponius, ff. de arbitris, l. fin. Cod. de ſententia quæ ſine certa &c.* Et quod huiuſmodi ſententia res indeciſa relinquatur, nec certa quantitas exprimatur, cum quātum probatum incertum ſit, *videatur Fach. lib.* 11. *controu. c.* 18. ſi tamē certum quid pronuncietur, ſubſiſtet ſententia, ob prædicta verba adiecta &c. Porro, † quæ ſententiæ citra appellationem infirmentur & nunquam tranſeant, in rem iudicatam, conſuli poterit *Maranta par.* 6. *tit. & demum fertur ſententia, Panor. in tit. de re iudic. &c.* inter quas vnam referre ſufficiat, ſi ſententia lata ſit, de conſilio ſeu iudicio expertorum ſeu peritorum in arte, huiusmodi .n. ſentētiæ 58 59

nun-

circa finem, *Mynſingerus cent. 4. obſer. 1.* Vnde quamuis de iure communi recipiatur appellatio à ſententia, de exequendo, *l. 2. ff. de appellat recipiendis.* tamen cum hoc caſu non concedatur appellatio, ab eadem non admittitur, *Gregorius Tholoſanus. in ſyntag. iuris, lib. 48. cap 12. nu. 21. in fine.* appellans inquam à cauſa criminali non auditur, licet etiam de nullitate conqueratur, narrando, daß er in willen vnd meynung / ſolche Appellation/vnd nichtigkeit ſachen/ſampt vnd ſonders zu proſequiren &c. *tom. 1. Symph. part. 2. tit. 14. ſupplicat. 1. fol. 279.* Quamuis aliud probandum ſit, ſi nullitas principaliter intentetur, *Gail & Mynſingerus, dictis in locis*, non tamen omnis nullitas, cauſam criminalem, ad Cameram deuoluit, ſed ea tantum, quæ ſuper æquitate, & ratione naturali fundata, principaliter intentatur, vt ſi inaudita parte ſententiam latam probaretur, *Ordinatione Camer. Imper. part. 2 tit. 28. §.* Item nach dem / &c. *compilator quæſt. controu cap. 8 §. 3. fol. 249 tomo 1. Symph. part. 2. tit. 18. ſupplicat. 1. cum ſeq. tom. 2. part. 3. titul. 10. voto. 3.* quod iuri conſentaneum eſt, *l. vnius, 18. §. cogniturum 9. ff. de quæſt. cap. qualiter, 24. verſic. debet igitur, circa fin. ext. & l. abſentem, C. de accuſationibus*, inaudita enim † cauſa, quenquam damnari, æquitas non patitur, *leg. 1. ff. de requirendis, vel abſentibus &c. l. 2 inauditum ff. ad l Cornel. de Sicariis.* 9 Ex quo fundamento, S. Ioannes Chryſoſtomus appellans ad Romanam Eccleſiam petijt, ab aduerſarijs geſta, declarari omni prorſus ratione carere, extra omnem ordinem, omnemque Legem, & regulam eccleſiaſticam eſſe, quia illo abſente & iudicium non declinante iudicatum, nunquam id facinus, ne extremis quidem iudicijs, imo neque apud Barbaros ipſos admiſſum eſſe, Non Scythas, non Sarmatas, vnquam vna ex parte iudicaſſe abſente reo, non iudicium declinante &c. vti conſtat, de eleganti eiuſdem ad Summum Pontificem epiſtola, quam refert Cæſar Baronius tomo 5. ann. eccleſ. Anno 404. n. 35, Vnde rectè *Apuleius inquit*, ritè, & more maiorum, iudicio reddito, & vtrinque ſecus allegationibus exa-

N mina-

minatis, ciuiliter ſententia promeretur, ne ad inſtar barbaricæ feritatis, & Tyrannicæ potentiæ damnaretur aliquis inauditus, *plura Stephanus Forcatulus*, *dialogo* 81. Quare *Iudæis* poſtulantibus, aduerſus *D. Paulum*, damnationem, reſpondit *Feſtus*, non eſſe *Romanis*, damnare aliquem, priusquam is, qui accuſatur, præſentes habeat accuſatores, locumque defendendi accipiat, ad abluenda crimina, *act. apoſt. cap.* 25. *circa medium, & Nicodemum, Ioan. cap.* 7. *in fin.* dixiſſe dicitur, iudicandum cenſeatis quenquam, niſi vt accuſationi, ita & excuſationi etiam locus præbeatur, ignoratis ex lege noſtra, damnari neminem, quin prius audita parte, rei caſus magis innotuerit. ſic *Lucæ, cap.* 16. quid audio de te, &c. Hinc etiam dicitur, etiam diabolum ſi in iudicio eſſet, audiendum eſſe, *Rotæ deciſione*, 364. Itaque, ſi allegetur inaudita cauſa, quem damnatum, audiendus erit.

10 Porro, † licet à cauſa criminali interdicta cenſeatur appellatio ex conſuetudine, tertij tamen interuenientis, appellatio, non quidem ratione pœnæ criminis, aut cauſæ criminalis, ſed nomine intereſſe iuriſdictionis ſuæ conſeruandæ, tanquam incidentis quæſtionis, & ad cauſam principalem non pertinentis, non improbatur, *Author præiudic Cam. in verbo, de appellat. in cauſis criminalibus*, *fol.* 37. vbi in hanc rem præiudicium allegat, quotieſcunque enim de competentia, vel iuriſdictione quæſtio eſt, Cam. Imperialem adiri poſſe præiudicio confirmat, *Mindanus de proceſſ. &c. lib.* 1. *cap.* 9 *num.* 10. *cum ſeq.* quia, non de crimine, ſed de competentia, & iuriſdictione diſputetur, nec conſiderandum, cauſa criminalis an ciuilis ſit.

11 Verum hic non incommodè quæritur, † quam ſignificationem recipiat, hoc vocabulum, (Leibſtraff /) verius eſt aliam pœnam non continere, quam quæ ſolo corpore ſuſtineatur, *& Mindano diſſentienti lib.* 1. *de proceſſ. &c. capite nono.* recte reſpondet *Rulantus de Commiſſariis*, *lib.* 2. *de proceſſ. Camer. in princ. Commiſſ. capite tertio.* Etenim licet appellatione capitalis, mor-

Digitized by Google

mortis, vel amiſſionis ciuitatis pœna intelligenda ſit, *l. 2. rei, ff. de pœnis, l.* 103 *licet, ff. de V. S. l. capitalium* ; 28. *cum* §. 1. *ff. de pœnis*, cum tamen ordinatio exprimat, quæ cauſæ criminales in Camera Imperiali recipiendæ non ſint; videlicet pœnam corporis infligentes, dubitationi iure non poterit eſſe locus.

Ex his deducitur, à ſententia Banni, propter crimen, prouocationem impermiſſam, *videatur Benderus de reuiſionibus, concl.* 34. *nu.* 14. *&* 19. *Author præiud. Camer. in verbo Bannus, in princ. fol.* 36.

Huic quæſtioni ſequens eſt, an cauſa iniuriarum criminaliter intentata, ad Cameram Imperialem deduci poſſit, (quæ vbique agitari poterit, ſi proponatur in cauſis criminalibus, appellationes non recipi) & quidem *Compilator quæſt. controuerſ.* exiſtimat, eam recipiendam, *cap.* 8. §. 3 *fol.* 248. allegans *Mynſingerum, cent.* 2 *obſ.* 98. *circa medium, Gail. lib.* 1. *obſer.* 65. *nu.* 5. cum enim in Camera vigore ordinationis, nulla cauſa criminalis, excepta fracta pace, agitari poſſit, & exceptio confirmet regulam his conſequens erit, actionem iniuriarum criminaliter intentatam, per viam appellationis deduci non poſſe. In contrarium vrgent, *tradita à Rulanto, d. lib.* 2. *de Commiſſariis, cap.* 2 *lit. E.* vbi refert ex mente aliorum, cauſam iniuriarum ita intentatam, ad Cameram deuolui poſſe.

Exiſtimarem diſtinctionis † fœdere rem componendam, 12
aut enim actum eſt, actione iniuriarum, propter famoſum libellum, tunc appellationem reijciendam, cum illum edens, corporali pœna affici poſſit, *l. fin. C. de famoſis libellis. Ordinatio criminalis Caroli Quinti, artic.* 110. *fol. mihi* 21. aut verò actum eſt, iuxta *articul.* 12. *dictæ ordination. &c.* vt falſo quem deferens, crimenque obiectum non probans, huiusq; rei nomine condemnatus, appellare non poſſit, nec quidem à taxatione expenſarũ. *Author præiud. Cam. fol.* 37. *ibi à taxatione expẽſarũ &c.* & ita intelligẽdus eſt, *idẽ Author in verbo cauſæ criminales fol.* 66. ſin deniq; † proponatur, actũ eſſe actione iniuriarũ, 13

ad ſoluendam fiſco aliquam pœnam, aut alia actione ita criminaliter agatur, (quod iudicium criminale eſſe communi calculo receptum eſt, *Maranta, part. 4. diſtinct. 1. num. 2. Duarenus, in tit. de iudicis, vbi communiter Dd.* Nec obſtare videtur *l. Caius, ff. ad S. C. Syllanianum*, vbi cauſa ciuilis appellatur, cum tamen pœna fiſco delata ſit, reſponderi poterit ex mente *Menochij, lib. 2. de arbit. iudic. cent. 3. caſu 265.* ratione criminis, dici cauſam criminalem, & verè talem eſſe, *in d. l. Caius.* verum ratione pœnæ pecuniariæ impoſitæ, dici ciuilem, quæ ſæpius pecuniaria dicitur, *l. vlt. ff. de Feriis. l. vlt ff. de priuatis delictis, Authent. ſed hodie, C. de Epiſcopis & Clericis.*) hanc actionem licet criminaliter intentatam, per viam appellationis, ad Cameram deduci poſſe, ſtatuendum, cum enim cauſæ criminales corporis pœnam infligentes, recipi in Camera prohibeantur, ergo à contrario ſenſu, quod fortiſſimum in iure argumentum, *l. 1. ff. de officio eius &c.* quæ in ea cauſa non ſunt, admittendæ, vbi enim non eſt qualitas requiſita in conſtitutione, aut diſpoſitione, ibi nec conſtitutio locum habet; omnes namque qualitates interuenire, neceſſe eſt, *per tradita, à Iulio Claro, §. fin. q. 85. num. 9. Gail. lib. 1. de pace publ. cap. 13.* Hanc
14 autem pœnam † fiſco appellandam, non eſſe corporalem, ex definitione vocabuli, Leibſtraff/ colligitur, vnde ad exiſtimationem, non ad capitis periculum, pertinebit, *l. 131. aliud eſt fraus, ff. de verb. ſignific.* Et hanc interpretationem ita in Camera Imperiali receptam, *teſtatur Rulantus de Commiſſ. lib. 2. de proceſſ. Cam. in p. Commiſſ. cap. 2. lit. D. Author præiudiciorum &c. in verbo, iniuria, fol. 157. ibi, quando in actione &c.* vbi refert, ita deciſum fuiſſe; Eadem ratione, condemnatione facta, ad recantationem, etiam ſaluo honore, vt loquuntur interpretes, quia tamen hæc ſententia, condemnati opinionem, apud bonos mores ſuggillet, adhuc appellationi locum eſſe, tradit *Tylmannus de benignis, Pente. 1. obſ. 19. Author præiudic Camer. in verb. iniuria, ibi etiamſi &c. fol. 155. vbi præiudicio hoc confirmat.*

Hic

Hic exſurgit & alia quæſtio, † pœna corporali ex gratia, in mulctam mutata, an ne appellatio interponi poſſit? 175

Cauſam dubitandi † præbet *l. 12. quoad ſtatum, ff. de pœnis,* quod ſola ſententia ſpectanda ſit, non genus criminis, vt *ait ibid. I. C.* cuius authoritate, refert *Menochius, lib. 1. de arbit. iudic. q. 82. nu* 5. Rotam decidiſſe, ſi cauſæ criminali pœna corporalis indicenda ſit, quam iudex, ob cauſam, in pecuniariam immutet, ciuilem iudicandam, ſine inſpecto, quia non titulus criminis, ſed qualitas pœnæ atque finis attendendus, *d. l quoad ſtatutum*, 12. Vnde videtur, à mulctis indictis propter crimen appellari poſſe, cum ſola ſententia ſpectanda ſit. 176

In contrarium vrgent tradita à *Mynſingero, cum additionibus, cent. 3. obſ. 43. & cent. 4. obſ. 41.* cum enim ſubrogatum ſapiat naturam eius, cui ſubrogatur, *l. 1. §. hæc actio, 10. ff. ſi is, qui teſtam. &c.* eodem iure cenſeri debet, *Euerhardus, in loco, à vi ſubrogationis,* videatur notabilis relatio, *tom. 5. Symph. relat. vlt. num. 25.* Idem iudicium † eſſe ſtatuitur, ſi criminaliter agatur pro mulcta, fiſco applicanda, modo pro crimine pœna corporalis infligi poſſit, nam vt cauſa ſit capitalis, conſideratur ſola aptitudo, an in ea conditione ſit, vt pœna talis inferri poſſit, *Baldus in l. eos, §. ſuper his, verſic. extra, C. hoc tit.* Vnde, ſi appelletur à mulcta, ne in ſupplici libello narretur, corporaliter, contra appellantem proceſſum, quod exemplo illuſtrat *Mindanus de proceſſ. lib. 1. cap. 9. num. 21.* An itaque à mulcta appellari poſſit, ex crimine erit æſtimandum, argumento, *l. ſi præſes, ff. de pœnis.* Quare, ſi quis clementiorem ſententiam paſſus ſit, ob hoc, quod pœna corporalis in pecuniariam commutata, boni conſulere debet, humanitatem ſententiæ, vt ait in ſimili ſpecie *Vlpianus, in l. generaliter, 3. ff. de Decurionib. &c.* nec ad appellationem conuolare, ne ea reuocata, duriorem ſententiam patiatur, vel ſupplicium de eo ſumatur, quod factum ſcio; A mulctis autem non ſubrogatis pœnæ corporali, appellari conſtat, *ex l. 25. & in mulctis, C. hoc tit. Liuio, lib. 5. Secund.* belli punici, ibi cum Spurius & L. C. Tribunus ple- 177

bis, 200. millium æris, mulctam M. Poſthumio dixiſſent, cauſa eius certandæ populus per ſuffragium conuenit, qui & Flacco Martiali flamini mulctam remiſit, quam Craſſus &c. Duæ autem olim fuere ſpecies mulctæ, vna ſuprema, ſeu maxima, altera, minima dicebatur, quæ res cum hodie infructuoſa ſit, non inſiſto, remitto Lectorem, ad antiquitatis indagatorem, *Briſſonium, de formul. Rom. Imp. lib. 5. fol. mihi, 487. ibi, interdum, & lib. 1. Select. antiqit. cap. 3. Cuiacium, lib. 11. obſ. cap. 9.*

18 Quod autem † ſupra dictum eſt, ab omni cauſa tam maiori quam minori, appellationem recipiendam, niſi ſpeciali lege ſumma appellabilis comprehenſa ſit; ſicuti olim fuit, *vti conſtat ex Nouella de appellationibus, & intra quæ tempora, 23. cap. 3.* illud etiam, vt & hodie paſſim obtinet, vt infrà certam ſummam non admittatur, quæ in Camera Imperiali 50. fl. fuit, *ordinat. Cam. Imp. part. 2. tit. 28.* §. 4. Vnd ſonderlich/ *&c. & & ordinatione VVormatiæ conſtituta Anno, 1521 fol. mihi, 19. quæ poſtea Comitiis Spirenſibus Anno 70. ad 150. fl. redacta,* §. Als wir dann/ *&c. fol. mihi.* 1612. Eademque rurſum conuentione Spirenſi Anno 1600. §. Dieweil nun auch/ *&c. fol.* 756. ad 300. fl. extenſa eſt.

19 Excipiuntur primo, † cauſæ iniuriarum, *d.* §. 4. *verſ.* Doch ſollen/ *&c.* qui confirmatus fuit, dictis *Comitiis Spirenſibus Anno* 70. §. Was aber/ *&c. fol. mihi,* 613. quod tamen cum temperamento, de quo ſupra intelligendum, damnatus enim ratione famoſi libelli nõ audietur, *de cuius pœna & origine videatur Stephanus Forcatulus, dialogo 58. n. 4. Scipio Gentilis, lib. 2. parergorum, cap. 30. Balduinus, ad Leges Romuli,* 53. procedet ergo, ſi actum ſit, ad reuocationem, ſeu palinodiam, ſeu condemnationem, daß er zu viel vnd vnrecht gethan hab/ *&c.* Antiquitus autem, iuramento interpoſito, iniuriantes ſatisfaciebant, nolle eſſe dicta ea, quibus pudorem eius ſuggillarant, *vt refert Briſſonius, de formul. Rom. Imp. lib. 8. fol. mihi 716 ibi interdũ, &c.* Animaduertendum tamen, ad eam condemnationem, quæ infa-

Digitized by Google

infamiam importat, aut irrogat condemnato, non facilè deueniendum, cum enim condemnatus actione iniuriarum famoſus fiat, *l. 1. & l. 4. §. fin ff. de his, qui notantur infamia*, inquirendum inquam, an in calore iracundiæ, vel impetu animi, aut altiore concepta conſilio, iniurioſa verba protulerit, nam cum ea, quæ cum animi commotione dicuntur, non videatur iudicio, ſed inconſulto calore proferri, *l. quidquid, 48 ff. de reg. iur l. 3 ff. de diuortiis, l. 1 §. 5 item quæri, ff. ad S.C Turpillian. l. 11. perſpiciendum, §. vlt. ff. de pœnis*, ideoq; lubricum linguæ non facilè ad pœnam trahendum, integra exiſtimatione condemnandus videtur, ſeu vt *Comitiis, Anno* 66. habitis, §. cauſas iniuriarum belangend/ *fol. mihi*, 568 ſtatuitur, intereſſe inter iniurias verbales, & atrociores, vt illic illæſa exiſtimatione, in iniuriantem animaduertatur, hic autem iudicio res finienda ſit, quo cōdemnatus iniuriās prouocare poterit, niſi ad pœnam pecuniariam explicandam, quæ ordinationi conformis non ſit, condemnetur, huius enim appellationem non recipi, *conſtat ex ordinatione Cam. Imp part. 2. tit. 28 §. 4. verſic.* Doch ſollen/ rc *& ordinatio Cameræ VVormatiæ conſtituta, tit.* daß Sachen/ *rc. fol.* 119. *Author præiud. Cam. in verbo, iniuria, ibi, quando actum, fol.* 155. *Denaiſius in verbo appellationis ſumma, §.* 1.

Secundo,† excipiuntur reditus reluitioni nō obnoxij, modo annui 6. fl. pendantur, aut inferantur, nouiſſima tamē *Spirenſi conuentione, Anno* 1600. §. Wiewol nun/ rc. 12. requiruntur, niſi reditus iuriſdictioni adhæreat, vt ſi v. g ratione iuriſdictionis, certum quid explicandum ſit, ſingulis annis, aut deniq, proprietas, vel quaſi, ex cauſa commiſſi petita ſit, ita tamen vt ſummæ dicti §. Wiewol nun rc. correſpondeat. *Denaiſius, in verbo appellationis ſumma, §.* 2. 20

Si itaq; ſumma ordinationi nō ſit cōformis appellatio nō recipitur, quod idem probatur, in ſummis priuilegiorū, de nō appellādo &c. ſtatibus Imperij cōceſſorum, *Ordinatio, d par. 2. tit.* 28. *circa principium, & 29 §. fin.* Maximè inſinuatis Priuilegijs, *vt ſtatutum Comitiis Imperij, Anno* 70. §. Wir ſetzen/ ordnen/ 21

vnd.

ſeu articuli, quem definit (à qua † de iure ciuili regulariter eſt 61
impermiſſa, *l. 1. §. 2. huic, ff. hoc tit. l. 4. eius, ff. de appellat. recipiend. l. antè, C. quorum appellat. non recipiuntur, l. apertiſsimi, C. de iudic. l. 6. §. ſuper his, Cod. hoc tit. Ordin. Cam. Imp. part. 2. tit. 28. §. fin. & tit. 29. §. 4. & Ordinat. Cam. VVormaciæ conſtituta, Anno 1495. fol. 21. ibi.* Ob Appellation von beyurtheln ꝛc. Ab interlocutoria mera inquam, non recipitur appellatio, quę nec directò nec indirectò negotium principale definit, aut illi præiudicat, quare ſi vim definitiuæ habeat, aliud probandum, *l. 39. intra, §. 2. verſic. permittitur, ff. de minoribus*, vbi propoſita fuit quæſtio, de in integrum reſtitutione, per quam deciditur cauſa principalis, aut ſi ab vſufructuario petatur cautio, isq́ue neget ſe vſufructuarium, dicta ſententia pro eo, in effectu eſt definitiua, licet formaliter poſt ſe definitiuam exſpectet, idem iudicium ſi interlocutoria præcedens ſit fundamentum, & cauſa definitiuæ, tunc non curandum de diuerſitare nominis, dato vno, eodemq́ue effectu, *Baldus, in l. minor, C. de his, quibus vt indignis &c.*

Ex effectibus † itaq́ue cognoſcendum, interlocutoria me- 62
ra ſit, nec ne, vt ſi ea finiatur officium iudicis, pronunciando v. g. ſe incompetentem, vel contineat, aliquid dari, vel fieri, aut deniq; definiat vnum articulum ſubſtantialem cauſę principalis. *De quibus remittò Lectorem, ad Felinum, in rubr. de re iudic. Marantam, par. 6 tit. de ſententiis, n. 42.*

Secundò, † de iure ciuili, ab interlocutoria, non improba- 63
tur appellatio, ſi ea contineat grauamen irreparabile, *l. 2. ff. de appellat. recipiendis*, vt ſi teſtem, v. g. à me productum, in quo fundamentum meæ probationis conſiſteret, iudex interloqueretur, non eſſe audiendum, per hanc interlocutoriam, infertur grauamen, quod appellando à definitiua, non poſſum reſarcire, cum in cauſa appellationis Teſtis prius recuſatus à iudice, non poſſit reproduci, non interpoſita ab interlocutoria appellatione, & hæc vocatur ab interpretibus interlocutoria ſimplex, appellabilis tamen, à qua appellandum,

& non proteſtandum, alias tranſiret in rem iudicatam, *cap.32. cum dilectus, ext. de electione.*

64 Quamuis autem, † hæc diſtinctio ſententiæ interlocutoriæ, quibuſdam diſpliceat, quod nulla huius in iure mentio fiat, eaque confundantur, decreta Magiſtratuum, cum ſententijs, & interlocutionibus Iudicum. Denique, quod interlocutio, quæ & præiudicium, articulus, iuſſum, & præceptum, interdum dici ſoleat, in iure à ſententia diſtinguantur, tamen in foro, & ſupremo Imperij iudicio recepta eſt, eiusque ratio diligenter attendenda, *videatur Mynſing. cent. 3. obſ. 88. & cent. 4. obſ. 43. Gail, lib. 1. obſ. 129. & 130. Author præiudic. Cam. fol. 23. & 317.* vbi † paſſim interlocutoriæ ſimplices & vim definitiuæ habentes referuntur, interquas recenſetur iniunctio litis conteſtationis, ab hac enim non ſecus, ac à definitiua ſententia appellatur, *Rulantus, de Commiſſariis, part. 3. lib. 8 de proceſſ. iud. interrog. cap. 9. poſt n. 19. vbi id in quadam cauſa ita obſeruatum refert.* Secundo ſententia impoſitionis perpetui ſilentij, *l. cum Titia, 18. ff. de accuſation. Gail, lib. 1. obſ. 123.* Tertio, recuſatio iudicis, hæc enim interlocutoriæ æquiparatur, vnde ſicuti in ſcriptis ab hac appellandum, vt infra videbimus, ita etiam recuſatio ſcripto fieri debet, & vt grauamina in ſchedula appellationis ab interlocutoria ſpecificanda, ita & cauſæ recuſationis exptimendæ, *Mynſingerus, cent. 3. obſ. 63. Gail, lib. 1. obſ. 33. nu. 14.* etiam de Iure Ciuili, vti defendit nouiſſimè *Petrus Gilken. in l. apertiſſimi, num. 13. cum ſeq.* Quamuis antiquitus † ita comparatum fuit, vt generalibus verbis, veluti, hunc nolo, timidus eſt &c. quia Cæſarem fortiter amat &c. recuſari potuerit, *Cuiacius, lib. 9. obſ. cap. 23. Briſſonius, de formul. Rom. Imp. lib. 5. fol. 369.* vbi aliquot reijciendi Iudicis formulas, *ex Cicerone, Plinio &c. adfert.* Vſu tamen cauſæ exprimendæ ſunt, *Mynſin. d. cent. 3. obſ. 63. nu. 6. Dd. ad l. cum apertiſſimi, C. de iudiciis.*

65

66

67 Verum quæſtionis eſt, † an ſententia competentiæ, habeat vim definitiuæ, appellabilem eſſe *conſtat, ex cap. 34. ſignificante, ext. de reſcriptis, & quidem Gail, lib. 1. obſ. 130. nu. 9.* refert interlo-

Digitized by Google

terlocutoriam eſſe appellabilem tamen, *Rulantus de Commiſſ. libro ſecundo. in puncto Commiſſio. cap.* 20. *lit. C. Mynſingerus autem, centur.* 3. *obſeruat.* 88. exiſtimat interlocutoriam eſſe habentem vim definitiuæ, idem autem, *centur.* 3. *obſer.* 35. refert, interlocutoriam eſſe ſimplicem appellabilem tamen, neque enim hæc inueſtigatio infructuoſa cenſeri debet, ſi enim ſit interlocutoria ſimplex, appellabilis tamen, non conceditur inhibitio. Secundo, viua voce ab ea appellari non poteſt, *tom.* 1. *Symph part.* 2. *tit* 14 *ſuppl.* 2 *fol. mihi*, 281. *Author præiudic. Cam. fol.* 34. *&* *fol.* 315. nunc interlocutoriam ſimplicem nunc vim definitiuæ habentem dicit, & præiudicia in vtramq; partem adfert.

Sunt, qui diſtinguunt, aut appellatio à ſententia competentiæ interponitur, ab ipſis partibus, aut à tertio, ratione Intereſſe, puta Priuilegij, &c. Primo caſu, eſſe interlocutoriã ſimplicem. Secundo, habentem vim definitiuæ, *tom.* 1. *Symph. par.* 2 *tit.* 14. *ſupplicat* 8 *tom.* 1. *par.* 2. *tit.* 17. *q.* 1. *num.* 14. *Tom.* 4. *par.* 2. *ſupplic* 60. *fol.* 58 *tom.* 5. *ſupplic.* 7. *fol.* 204. *Auth præiudic. Cam. fol.* 315. *&* 316. vbi aliquot præiudicia adferuntur, *&* *à Tilmanno, de Benignis, pentecoſt.* 3. *obſ.* 35. *&* *pentecoſt.* 4. *obſ.* 30. *&* 31.

In hac opinionum concertatione, ſciendum eſt, *Comitiis Imperij, Anno* 94. §. Vnd demnach ꝛc. *fol. mihi*, 723. deciſum, appellationem à ſententia competentiæ, aliter non recipiendam, quàm in ſcriptis, ideoque interlocutoriam ſimplicem eſſe, niſi diuerſum ſtatuto, vel conſuetudine obſeruetur.

Mandata cum clauſula,† an ſint interlocutoria, vel definitiua? dubitari poſſet, & videntur interlocutoria eſſe, non enim omnis vox iudicis, iudicati & ſententiæ continet authoritatem, *l. ex ſtipulatione* 7 *l.* 9 *poſt Cod. de ſententiis, & interlocutionibus omnium iudicum. l.* 4. *interlocutio, Cod. comminationes Epiſtolas &c.* maximè cum decernantur ad inſtantiam partis, altera non citata, aliud verò probandum, ſi auditis, & exa- 68

 mina-

indignum auxilio appellationis, prouocari non poterit, ſi enim innouatio priuet, apppellantem, appellatione actualiter interpoſita, & in eſſe deducta, multò magis ea, quæ non eſt in actu, ſed in potentia tantum. Secundo, indignus eſt auxilio legum, qui dum eas implorat, contra illas committit, *leg. auxilium, 37. in fin. ff. de minorib. cap. quia fruſtra, 14. ext. de vſuris.* Deniq́ue appellatione admiſſa, non reuocarentur attentata, contrà capitulum non ſolum, *hoc titul. in 6.* ponderando verba, penitus reuocari &c. *Lancelottus, de attentatis, par. 3. cap. 28. n. 49. vſq; ad n. 136.*

Ex his colligere eſt, † ab interlocutoria mera, inferente grauamen, quod poſſit reparari per ſententiam definitiuam, 721
improbari appellationem, *Bartholus, in l. ante ſententiam, ff. de Appellation: recipiendis. & in l. poſt ſententiam, C. de ſenten. & interloc. omn. iud.* Quod ipſum tamen declaratur non procedere, ſi periculum reparandi ſubeſſet, vt ſi interloqueretur, teſtes in iudicio poſſeſſorio recipi non debere, ad petitorium reſeruando prouocari poſſe, *probat authoritatibus, & præiuditio, Grænaus, ad Gail, lib. 1. concl. 129. n. 5.* idem iudicium eſſe creditur, ſi cum difficultate reparari poſſit, quamuis Iuſtinianus, *in leg. 36. oportet, C. hoc titul.* generaliter ſtatuat, denegando productionem teſtium non appellandum, cum ratione ibidem adducta, *Cuiacius, d. lib. 12. obſer. cap. 3.* alias communi calculo interpretum receptum, extra prædictos caſus, ab interlocutoria ſententia appellationem denegandam.

Hinc, † à primo decreto appellationem impermiſſam eſſe, 722
tanquam modicum inferente præiudicium, refudendo enim expenſas, immiſſus in poſſeſſionem, decedere cogitur, *l. 15. ſi finita, §. item, 31. ff. de damno infecto, auth. & qui iurat, C. de bonis author. iudic. poſſid.* & hac ratione denegatos Proceſſus *refert Author præiudic. fol. 35. ibi, an à primo Decreto &c. & fol. 105. Rulantus, par. 3. lib. 9. de remed. conſeruand. cap. 8. n. 19. & lib. 8. de Proceſſ. Iud. interrog. cap. 5. nu. 15.* aliud tamen exiſtimatur obtinere, ſi per immiſſionem ius quærendi fructus acquirere-

tur. quamuis enim immiſſus ex primo decreto non poſſideat, *leg. duodecima. cum legatorum, ff. quibus ex cauſis in poſſeſſ &c. l. 3. §. 8. Creditores, ff. vti poßidetis, l. 10. ſi quis autem, §. Pomponius, ff. de acquirenda poſſ.* Hinc, Quintus Mutius, reprehenſus huius rei nomine a Paulo, quod inter genera poſſeſſionum poſuerit immiſſionem rei ſeruandæ cauſa, *l. 3 poßideri, §. fin. ff. de acquirenda poſſeſſ.* nam vt ait *Papinianus in leg. quinta. poſtquam, §. primo. ff. vt Legatorum ſeu fideicommiſſariorum &c.* vicaria cuſtodiæ gratia poſſeſſio datur, ſi verò inquam alicui fructus cederent, ex primo decreto, propter nimiam contumaciam abſentis, *vt in leg. Fulcinius, ſeptima. §. fin. diuus quoq́,* ibidem *Zaſius, ff. quibus ex cauſis in poſſeſſ.* modò ſententia iudicis id expreſsè contineatur, quod quidem requirunt, verum ſufficit, ſi ex ſententia id colligi poſſit, vt ſi ob pœnam contumaciæ auferatur poſſeſſio vera, iubeat miſſum poſſidere, nam ex quo poſſeſſorem efficit, conſequens ei tribuit, facultatem percipiendi fructus, *Menochius remedio tertio retinendæ poſſeſſ. nu. 17. & 187.* vbi declarat, quomodo miſſus ex primo decreto lucretur fructus, licet hoc ſententia expreſſum non ſit, aut condemnatus quis ſit, quod in poſſeſſionem miſſum non admiſerit, *iuxta l. 15. ſi finita, §. fin. ff. de damno infecto, l. 3. ſi quis miſſus, l. 4. per interdictum, §. 2. ſi prætor, ff. ne vis fiat ei qui &c.* aut denique ſtatuto receptum, vt miſſo ex primo decreto, fructus cederent, *Menochius, d. loco num. 177.* Vel immiſſio ſine cauſæ cognitione conceſſa eſſet, his caſibus appellatio admittenda videtur, *Angel. in l. ante ff. de appellat. recipien. Bald. in l. conſentaneum, C. quomodo & quando &c. Rulant. part. 3. lib. 9. de remed. conſeru. rerum acquiſit. cap. 8. nu. 19 & 22.* vbi refert, quia huiuſmodi immiſſiones communes fiant, proceſſus decerni.

73 Eadem ratione, à ſententia æſtimatorum fructuum appellare non licet, cum ſit mera interlocutoria, nec iudex teneatur æſtimatorum æſtimationem ſequi, ſed ab eodem corrigi poſſit, *Aſinius, in tract. de Execut. §. 7. cap. 210.* appellatione autem interpoſita ab æſtimatione, eaq́; pendente, fructus medio tem-

Digitized by Google

tempore percepti, non ad actorem, cui bona adiudicata ſunt pertinebunt, quia prouocatio illam æſtimationem factam ſuſpendit, confirmata tamen à iudice appellationis, æſtimatione fructuum, fructus à die primæ æſtimationis, actoris erunt, *Aſinius, d. §. 7. cap. 208. circa finem.*

Hactenus de Iure Ciuili, † nunc inquiramus, quid de iure obtineat Canonico, quo ſtatutũ, à quauis interlocutoria (videntur enim Pontifices ex ſupra propoſitis exceptionibus iuris ciuilis, feciſſe vnam regulam) *cap. ſuper eo, 12. extr. hoc titul. cap. 2. de dolo & contumacia in ſexto*, ab omni grauamine non modo illato, *cap. 5. cum ſit verſic. ſi vero &c. hoc titul.* ſed etiam inferendo propter iuſtum metum, *cap. 18. conſuluit, cap. bonæ, 51. extr. hoc tit.* appellari poſſe, imò præcedente grauamine ſi quis ſe ſubmittat protectioni ſuperioris, habetur pro appellante, *cap. 54. ad audientiam, hoc tit ext.* ſi tamen generalis appellatio ſit, non ſpecialis, quæ vna cauſa circumſcripta eſſet, non admitteretur, *cap. 2. cap. conſuluit, 18. ext. hoc tit.* exempla autem grauaminis paſſim occurrunt, *in cap. ex parte 47. 48. 49. ext. hoc tit. cap. 7. ext. de teſtibus, cap. olim, 7. ext. de exception. cap. 9. ext. de iudiciis.* 74

Porro † hæc eò pertinent, vt iudice deſiſtente à grauamine inferendo, poſſit poſt habita ab eodẽ interpoſita appellatione, in cauſæ cognitione procedere, *cap. cum ceſſante, 60. ext & cap. 10 ſi à te, hoc tit. in 6.* niſi inhibitum ſit, delatum appellationi, tunc etiam reuocata interlocutoria non poſſe in cauſa procedere, ſtatuitur, *auth. cap cum appellationibus, hoc tit in 6.* aut appellans ſumptus non fecerit, in proſequẽda appellatione, nam adhuc appellans videtur grauatus remanere, *Greg. Tholoſ. Tract. partit. Iuris Can. lib. 5. tit. 15. cap. 8. lit. A.* alias Proceſſus iudicis reuocantis grauamen ſubſiſtit, cum hic in poteſtate appellãtis, non ſit, impedire cognitionem iudicis, ſi tamẽ denuo à iudice grauamen inferreretur, de nouo eſſet appellãdum, noua cauſa emergẽtis grauaminis, noue appellationi cauſam præbet, *Aupraind. Cam, in verbo, appell. à ſent. nulla &c. fol. 28. ibi à nullo &c.* 75

vbi a

vbi in hanc rem præiudicium adfert, & hoc eſt, quod dicitur, ea, quæ de nouo emergunt, nouo indigere auxilio, *leg.* 11. *de ætate, §. ex cauſa*, 8. *ff. de interrog. in iure &c. l. ſi ab arbitro, ff. qui ſatisdare.*

76 Verum ſciendum, † in appellationibus recipiendis, vel non, Ius Ciuile, & non Canonicum ſequendum, (quod tamen ipſum correctum eſt, *Concilium enim Tridentinum, ſeſſ.* 13. *cap.* 1. *circa finem, & ſeßione* 24. *cap.* 20. *in princip.* ſtatuit ante definitiuam ſententiam ab interlocutoria, vel alio quocunque grauamine non appellandum, nec deferendum, niſi per definitiuam reparari non poſſit.) *Guido Papæ deciſ.* 7. *n.* 7. *quod Ordinatio Cam. Imp. approbat, part.* 2. *tit.* 28. *§. fin.* Item als ꝛc. & Maximilianus Imperator, *in conſtitutionib. de Notariis, fol, mihi*, 100. ibi, Von Appellation Inſtrumenten ꝛc. *in princ.* Ratio eſt, ne ita appellando ex qualibet interlocutione lis trahatur in infinitum, & ſi quid medio litis iniquè ſibi à iudice denegatum aut factum, litigator, quæratur, hoc poſt definitiuam ſententiam interpoſita appellatione, ei ſimul cum re principali, omne ſarciri poſſit, & ad refrenandam appellantium à quocunque grauamine, vel ſententia malitiam, vt partes ſumptibus vexent, *Gail, lib.* 1. *obſ.* 129.

77 Non tamen, † reſpuenda eſt appellatio à grauamine extraiudiciali, etiam de iure ciuili, modo illud vim definitiuæ, vel interlocutoriæ habeat, *Græuæus ad Gail, lib.* 1. *concl.* 120. *conſid.* 1. *n.* 2. *Comitiis Imperij, Anno* 94. *§.* Wann aber ꝛc. *verſic.* Aber nach dem die ꝛc. *fol* 724. vbi refertur, iuris, diſpoſitione, grauatos ſuperiorum decretis mandatis, vel mulctis &c. appellare poſſe, *Francus, in in capit. bonæ, ext. hoc titul. Abbas, in cap. peruenit, eod. tit. tom.* 2. *Symph. part.* 2. *voto* 48. *num.* 3. quod eò extendit *Bartholus, in l. vlt. ff. de appellat. recipiend.* vt non opus ſit ſententia, vel decreto Iudicis, ſed ſufficiat appellandi cauſam eſſe, probabilem, quod procedet, ſi ſaltem de grauamine conſtet, *Canoniſtæ, in cap. conſulit*, ho tit. *Author præiudic. Cam. in verbo appellatio extraiudicialis, fol.* 21. ibi nota in ap-

Digitized by Google

in appellatione &c. vbi præiudicio id declarat, quare, ſi quis timeat ſe turbari in poſſeſſione, adiri ſuperior poterit, *vide exemplum apud VVurmſerum, tit. de de apppellat. obſ.* 10.

Hæc autem † extraiudicialis appellatio dupliciter conſiderari poterit, ſi grauamen extraiudiciale inferatur, tanquam à iudice extraiudicialiter procedente, appellationi locus erit, ſin verò iudex aliquem grauet, vt pars, non admittirur, v. g. ſi Princeps Ciuitatem ſibi ſubditam grauet, non ad inſtantiam alterius, ſed per ſe, tanquam pars, à tali grauamine non prouocatur, quia talis appellatio extraiudicialis habeat vim conuentionis, ideoque Princeps coram ſuo Iudice conueniendus ſit, *vt ſupra hoc cap. dictum eſt, cap.* 5. *cum ſit, ibidem Canoniſtæ, ext. hoc tit. Gail, lib.* 1. *obſ.* 120. *Mynſingerus, cent.* 4. *obſ.* 43. *nu.* 3. *tom.* 1. *Symph. part.* 2. *tit.* 17. *q.* 3. *num.* 17. *tom.* 2. *part.* 2. *voto* 48. *num.* 18. *Author prædic. in verbo appellare à quibus &c. fol.* 35. *ibi appellari, & fol.* 21. ibi ſubditus à Principe, *& fol.* 56. ibi ſubditus, vbi paſſim hoc præiudicijs confirmatur, *Rulantus, part.* 3. *lib.* 8. *de proceſſ. iud. interrog. cap.* 13. *num.* 17, vbi variè de hac re refert diſputatum. 78

Comitijs autem Imperij † *Anno* 94. habitis, §. Darumb ſetzen/ ordnen/ 2c. *fol.* 724. deciſum, quatenus extraiudiciales appellationes à ſubditis interpoſitæ, in Camera Imp. recipiendæ ſint; duo enim exiguntur, primò, vt veriſimiliter grauamē probetur, nam cum grauamen ſit cauſa appellationis, debet eam præcedere, ſicuti cauſa quælibet ſuum effectum, nihil poteſt intereſſe appellantis, quamdiu de grauamine non conſtat, ſecundo, vt tanquam à Iudice, non vt à parte, grauamen illatum ſit, exemplum huius extraiudicialis appellationis, pulchrum videre eſt, *in tom.* 1. *Symph. part.* 1. *tit. de Arreſtis, voto,* 1. *poſt num.* 4. *fol.* 411. Sciendum tamen eſt, ſi quis arreſtetur, parte videlicet petente à Magiſtratu, neceſſe non habet, appellationem interponere, ſed requiſitis interuenientibus, ſuper conſtitutione, de Arreſtis &c. mandatum peti poterit, *vt ſancitum, nouiſſ. Spir. conuent.* §. Wann ſich begebe/ 2c. *fol.* 761. 79

S Vt

80 Vt autem concludamus, † à qua cauſa licita ſit appellatio, notanda eſt doctrina Interpretum, *ad l. fin. ff. de appellat. recip.* ab omni decreto Iudicis maximè obtinentis formam ſententiæ iudicialis, appellationem eſſe permiſſam, *VVeſenb. in paratit. de appell. nu* 8 modo decernat, vt Iudex, ſecus vt priuatus, & hac ratione denegatos Proceſſus *refert Author præiud. fol. mihi*, 35. ibi appellari poteſt &c. *Tilman. de Benignis, Pent. 7. obſ.* 33. *&* 34. *& Pentec.* 3. *obſ.* 30. V. G. ſi Iudex decernat, quem eſſe committendum banno, vel proſcriptioni &c. in hanc rem præiudicia adfert. *Author præiud. in verbo appellare, à quibus &c. fol. mihi*, 33. *& in verbo bannum, initio.*

81 Porro, † animaduertendum, ne *Author præiudiciorum, fol.* 35. ibi quando præceptum, & *Tilman. de Benignis, Pentecoſt. 7. obſ.* 29. nobis imponant, dum ſtatuunt, à decreto aliquo ſiue præcepto facto, in iudicio, ſiue extra, ſine cauſæ cognitione, quandocunque prouocari poſſe, etiam poſt decendium, & ita exaudiendum *Gail. lib.* 1. *obſ.* 120. *nu.* 3. In contrarium enim recepta interpretum doctrina eſt, etiam à ſententijs non tranſeuntibus, in rem iudicatam, elapſo decendio, non eſſe appellationi locum, *gloſſ. ſingularis*, & *ibidem, Panormit. in cap. ad reprimendum, in verſ. ſuſpendatur. de Officio ordinarij, Rota, deciſion.* 48. *de appellat. in nouis. nu.* 4. *Maranta, tit. de ſententiis, nu.* 155. *& tit. de appellat. num.* 155. quod adeò verum eſſe exiſtimatur, vt appellans à decreto, vel ſententia nulla, non obtineat, in cauſa appellationis, niſi iuſtificet ipſam appellationem, probando Legitimè interpoſitam, quò ad omnia ſolemnia appellationis. *Francus, in cap. dilecto, de appell.* nec ſufficiens ſit probare nullitatem, ſed dicitur, viam quam elegiſti, ſequere, *argumen. l. ſi mulier.* 21. §. *fin. ff. quod metus cauſa &c. tom.* 2. *part.* 2. *voto* 48. *numer.* 13. *cum ſequen.* Querela tamen intentari poterit, *Maranta, dict. locis, textus elegans, in capit.* 8. *concertationi hoc titul. in* 6. Quare conſequens erit, ab omni decreto, intrà decem dies eſſe appellandum, quo non facto, innouata, non quidem per modum appellationis, ſed querelæ reuocari poterũt.

Et

Et quamuis repugnare videantur tradita, *in Tomo 5. Symph. 52. folio. 276.* vbi fuere denegati Proceſſus, eò quod actrix, à decreto præiudiciali non appellauerit; Proclíuis tamen videtur eſſe expediendæ difficultatis ratio, ſi animaduertamus, querelam non intentatam eſſe, ſed mandatum pœnale ſeu præceptum executiuum petitum, imò etiam ſi querela intentata eſſet, non audienda fuiſſet, quia antequam querelans admittendus ſummariè ſaltem de iniuſtitia conſtare debet, *Maranta, tit. Et demum fertur ſententia, nu.* 155. *in fine.*

Supradictum eſt, ab Interlocutoria regulariter de Iure Ciuili, appellationem eſſe impermiſſam, veniamus ad alia à quibus ea improbetur.

Secundo itaq; non admittitur appellatio, ſi cauſa iudicanda delegetur, vulgari clauſula, appellatione remota, *cap. paſtoralis* 53. *extr. hoc titul. capit.* 1. *extr. de reſcriptis*, *& paſſim alibi*, quæ tamen clauſula non pertinet ad caſus, quibus appellatio expreſsè conceditur, *vt in capit, poſtremo* 36. *capit. ex parte.* 47. *extr. hoc tit. cap. ex conquæſtione,* 10. *extr. de reſtitutione ſpoliatorum.*

Tertio, † appellatio reijcitur, à tribus conformibus ſententijs, *l. vnica, Cod. ne liceat ter &c. cap.* 39. *directæ, cap ſua nobis,* 65. *extr. hoc titul. Clementina prima de ſentent. de re iudicata, Conarruuias pract. quæſt. cap* 25. *num.* 1. *&* 7. vbi refert, nec admitti exceptionem nullitatis, aut reſtitutionis in integrum, ad impediendam executionem. Quod declaratur procedere, ſuper eodem articulo, nam ſuper alio, in eadem cauſa, eiuſdem perſonæ ſæpius repetita appellatio recipitur, *Abbas, & Canoniſtæ in d. cap. directæ; ext. hoc tit.* 82

Eadem ratione concluditur, ſtatutum vnicam tantum appellationem permittens, de vna tantum perſona exaudiendũ eſſe, *Benderus, de Reuiſionibus, concluſ.* 37. *numer.* 55. Videatur *Gregorius Tholoſanus, Tract. partit. Iuris Canon. lib.* 5. *titul.* 15. *capit.* 2.

An autem hæc † obtineant in tertio, cui ex propria vi, 83

& natura cauſæ, aut ratione ſcientiæ, nocet quæſtionis eſt.

Sanè ſumma æquitate exiſtimantium opinio ſubnixa videtur, tertij appellationem à tertia ſententia admittendam, non conſcij agitatę litis ante vltimā ſentētiam, alias ſi huius rei ſciētiam habuerit, ferendus non erit, cum huiuſmodi appellatio litis protrahendæ cauſa cenſeatur interpoſita, malitijs enim indulgendum non eſt, *Canoniſtæ, in cap. cum ſuper, extr. de re iudic. & clemen.* 1. *eod. tit. Gail. lib.* 1. *obſ.* 72. *num.* 2, *cum ſeq.* vbi refert, oppoſita exceptione nullitatis à tertio, impediri executionem ſententiarum.

Et quamuis *Couarruuias practic. quæſt. cap.* 15. *num.* 3. *& poſt num.* 9. diſſentire videatur in eo, cui ſententia noceat, ex natura ſua, etiam ignoranti, cum enim ea in ea cauſa ſit, quæ præiudicium inferat ex ſua vi, & non ratione ſcientiæ, ipſius litis, ſcientiæ aut ignorantiæ ratio non habenda, ſed natura cauſæ attendenda videtur. Huc accedat, quod hic tertius cenſeatur, defendere tertio prouocantem, hoc autem nihil aliud ſit, quàm vicem eius in omnibus ſubire, *l. ſi minor*, *§. quoniam autem*, 2. *ff. de Procurat.* non melioris conditionis exiſtimari debet, tamen cum ignorantia ſententiæ latæ, neminem excludat, ab appellationis auxilio, neque huic tertio denegandum videtur, cum præiudicium quod eſt cauſa appellationis conſideretur, eò quod ius ſuum ſaluum eſſe poſſit, licet reo principali appellare non concedatur, quia reſpectu tertij, cenſeatur prima, & non tertia appellatio, *Gail, d. lib.* 1. *obſ.* 72. *nu.* 1. An autem reſpectu tertij cenſeatur prima, vel tertia inſtantia, huic inueſtigationi ſua vtilitas conſtat, vti videre eſt ex eleganti facti propoſita ſpecie, *à Codice Fabriano. lib.* 4. *tit.* 14. *definit.* 53.

84 Porro, † licet à tertia ſententia appellatio rei non admittatur principalis, à tertia tamen ſententia nouum grauamen inferente, deneganda non eſt, *Maranta hoc tit. num.* 270. quod cum aliquo temperamento intelligendum, vt declarat *Couar. pract. quæſt. cap.* 25. *n.* 6.

85 Animaduertendum autem, † hanc exceptionem ne liceat

tertio

Digitized by Google

tertio prouocare, reſpectu ſuperioris, non attendi, neq; conſiderari, quilibet enim inferior Magiſtratus, tribus inſtantijs conſtitutis, poſſet iuriſdictionem ſuperioris eludere, ſicuti nec eius, in Camera Imperiali, rationem haberi, *Mynſingerus, cent. 1. obſ. 15. Author praeiudic. Camer in verbo ſententia, fol. 312. ibi* licet &c. *&* *confirmat praiud. Rulantus, part. 3. lib. 8. de proceſſ. iud. interrog. cap. 13. nu. 32.*

Quarto, † appellatio friuola, fruſtratoria, vel moratoria reijcitur, quæ morandi tantum & fruſtrandi cauſa interponitur, vt negotium trahatur de die in diem, & quantum fieri poſſit, procraſtinetur, *l. tutor, 41. ff de vſuris &c. cap. cum appellat. 5. hoc tit. in 6. cap. 25. quicunq́, 2. q. 6.* quæ ex eò colligitur, cum quis ex nulla, vel leui cauſa appellat, *Marant., hoc tit. num. 347.* aut ab interlocutoria Iure Ciuili improbata, arbitrio tamen id iudicis committendum, tradit *Menochius, de arbitrar. iudic. lib. 2. cent. 2. caſu. 197. & cent. 5. caſu 445. nu. 9. &* 12. Hinc *Paulus, lib. 5. ſentent.* inquit, moratorias appellationes, fruſtratoriasq́ue, non tam appellationes, quàm ludificationes, non admitti placuit, euidens ratio eſt, quia legibus propoſitum, læſis beneficio appellationis ſubuenire, non malignè, aut improbè, eo abutentibus, & *Cicero pro Quintio*, videtur ne interceſſiſſe appellatio Tribunorum, non moræ, ſed auxilij cauſa. Quare, quamuis appellandi vſus vtilis, atq́ue neceſſarius ſit, tamen cum conſtet, hanc iuris partem ſuo primæuo candore propemodum deſtitutam, & pleriſq́ue cum iniuſtitiæ, tum calumniæ prætextum fieri, idq́ue non ſine fuco, aut tuendi iuris mentita palliatione, vt ait *Ioannes Feerarius Montanus, hoc titul.* iure in odio eſt hæc temeritas appellandi, vt varijs pœnis coerceatur. 86

Licet autem † à iudicibus prouocare vacuum, ſolutumq́ue fuerit, omni pœna, teſte *Tacito*, tamen poſtea, vt *Paulus, lib. 5. hoc titul. 35.* ſcribit, ne cuiq́ue ſolutum, & liberum eſſet arbitrium retractandarum ſententiarum, legibus certas pœnas conſtitutas eſſe, aduerſus eos, qui appellaſſent, quarum peri- 87

culum facerent, ſi contra eos pronunciatum eſſet, *&* *Tacitus*, *lib.* 14. *his verbis*, auxit Patrum honorem ſtatuendo, vt quia à priuatis Iudicibus ad Senatum prouocaſſent, pœnæ periculum facerent, *Briſſon. lib.* 2. *Selectarum ex Iure Ciuili antiqu. &c. cap.* 18.

Quanta autem pœna fuerit, & quomodo exigebatur, breuitati ſtudens, remitto Lectorem ad *Cuiacium*, *lib.* 21. *obſ. capit.* 33.

Quæ verò pœnæ hodie conſtitutæ ſint videatur *l. eos.* 6. *§. ne temerè*, 4. *l* 19. *à Proconſulibus*, *Cod. de appellat. l ab executore, C. quorum appellat. non recip. l.* 2. *C. de Epiſcop. audientia, cap.* 26. *reprehenſibilis, ext. hoc tit. Ordinatio Cam. Imp. par.* 2. *titul.* 28. *§.* Darzu dieweil *rc. in fine* vbi ſtatuitur, vltra condemnationem expenſarum, pro modo & qualitate rei, pœna legibus conſtituta, temerè appellantem coercendum eſſe quę tandem, *Anno* 74. ad 10. marcas argenti extenſa *&* *nouiſſ. Spirenſi conuentione*, §. Vnd ob weiter verſtehen *rc. fol.* 757. ad denas auri marcas aucta fuit, *Denaiſius, in verbo appellatio temeraria, nu.* 2. *&* 4. in quam rem, exemplum pœnæ impoſitæ appellanti adfert, *Author præiudiciorum, Cam. in verbo, appellatio in genere, fol.* 19. *ibi pœna friuolè &c.* adeò, vt pœnæ dictæ appellantibus, nec remitti, nec minui debeant, *Denaiſius, d. loco.* §. 3 *pœnas.* Et ob cauſam non deuolutam, quem condemnatum fuiſſe, in pœnam temerè litigantis, refert *Author præiudicior. in verbo appellat. deuolutio, fol.* 39. *ibi cauſa non deuoluta &c.*

88 Quinto, † non recipitur appellatio à poſſeſſorio, *Dd. ad l.* 1. *C. ſi à momentanea poſſeſſione &c.* quod communi Interpretum iudicio, in momẽtaneo, extraordinario, ſeu ſummario, non aũt plenario aut ordinario poſſeſſorio receptũ eſt, & quamuis hæc partitio poſſeſſorij, à quibuſdã improbetur, eo ꝙ hęc momentaneum poſſeſſorium, ſeu momenti actio, propriè ſit INTERDICTVM VNDE VI. *l.* 15. *C. vnde vi, l. vlt. C. qui legitimam perſonam &c.* hinc cauſa momenti, ſeu actio pro cauſa poſſeſſionis dici ſoleat, & interdicta ſeu actiones poſſeſſorias, à poſteriori-

bus

bus Imperatoribus, interdum dici, actiones momentaneæ poſſeſſionis, aut momenti, propriè autem, & ſpecialiter vocari INTERDICTVM VNDE VI. *l. 1. C ſi de momentanea &c.* quod gloſſographos non fuiſſe aſſecutos, tamen vſu recepta eſt, & vtriusq; differentia memoriæ commēdanda, quam latè perſequitur *Couarr. pract. quæſt. cap. 17. Menoch. remed. recuper. poſſeſſ. in prælud. nu. 24. Gail, lib. 1. obſ. 7.*

Intricatiſſima autem eſt quæſtio, an, & quatenus à poſſeſſorio de Iure Ciuili appelletur : quæ vt tanto euidentius illuſtrari poſſit, opiniones interpretum in medium adferemus.

Sunt itaque † qui exiſtimant, de Iure Ciuili ab omni poſſeſſorio prohibitam eſſe appellationem, quos refert *Lancelottus de attentatis, limitat. 25.* vbi hoc authoritatibus & deciſionibus comprobat, *& Mandoſius, de Inhibitione, quæſtione 58. num. 3.* vbi ex mente aliorum communem refert, idque ab enumeratione partium doceri poteſt, quo genere argumenti vtitur Iuris Conſ. *in l. patre, 8. ff. de his qui ſui vel alieni &c. & Iuſtinianus Imper. in §. primo Inſtitut. de Obligat. quæ ex quaſi contractu &c.* Nam, à ſententia lata ſuper INTERDICTO SALVIANO non appellari, refert, & probat *Menoch remedio adipiſc. 3. nu. 186* nec à poſſeſſorio retinendæ, maximè quod ex officio iudicis competit, quia hoc iudicium ſit præparatorium iudicij ordinarij, *l. liberis §. vlt. ff. de liberali cauſa, Menochius, remedio vltim retinendæ numer. 48.* multò minus à ſententia ſuper poſſeſſione reſtituenda, concedenda prouocatio, idq; in pœnam commiſſi ſpolij, & rem alterius contempta iuris religione occupantis, cum nihil iuri tam inimicum, quàm vis, nihil exitioſius Ciuitatibus, nihil tam contrarium iuri & legibus &c. quàm quidquam agi per vim &c. vt ait *Cicero, libr. 3. de legibus*, nec à ſententia, qua mitti hæredes iubentur in poſſeſſionem, receptam appellationem refert *Tilmannus, de Benign. Pent. 7. obſ. 26.* aut à ſententia QVORVM BONORVM *l. quiſquis, Cod. quorum appellat. non recip.* & ratio eſt ſecundum 89

Impe-

Imperat. *in d. l. quiſquis, & I. C. in l. 7. ſi res, ff. de appellat. recipien. vel non*, quod teſtatoris voluntas celerem executionem requirat, & ita à ſententia hac, ſeind die N. zur Antrettung aller jhres Vatters ſeligen Verlaſſenſchafft hiemit zugelaſſen/doch N. vnd Männiglich/habende Spruch vnd Forderung vorbehalten ꝛc. reiectam appellationem ſcio.

Hic autem rurſum controuertitur, an tam quoad effectum deuolutiuum, quàm ſuſpenſiuum, ea reprobetur, an verò ſolum, quoad effectum ſuſpenſiuum.

Primum placet *Fachineo, lib. 1 controu. cap. 76.*

Secundum nititur hac ratione, quod vtrique partium conſultum ſit, hæredi, qui ſui teſtatoris voluntatem exequatur, reo, quia de eius iure ad huc cognoſcatur, *Menochius, remedio adipiſc. poſſeſſ. antè nu.* 882.

90 Denique, † adduci poteſt *l. vnica, Cod. de momentanea poſſeſſione &c.* quam *Benderus, de reſſionibus, concl. 25. n. 16. cum ſeq.* in ſuperioris ſententiæ fulcimentum flectere conatur.

Primò, quod *d. l. vnica* generaliter concepta ſit.

Secundo, quod veriſimile non ſit, Imperatores de illo ſummario poſſeſſorio loqui.

Denique, cum de Iure Ciuili ab interlocutoria ſimplici appellare non liceat, conſequens eſſe *d. l. vnicam*, aut ſuperfluam eſſe, aut caſum iure communi clariſſimum decidiſſe, contra *l. quod labeo, 9. ff. de Carbon. Edicto. l. ancilla, 12. C. de furtis.*

91 Porro, † huius opinionis aſſertores quidam declarant procedere, vt licet à poſſeſſorio non appelletur concedatur tamen appellatio, à qualibet Interlocutoria lata in dicto poſſeſſorio, ante definitiuam ſententiam, vel à grauamine, vt ſi Iudex non recipiat probationem &c. *l. 1. C. hoc tit.* quod memotiæ commendandum eſſe deprædicat, *Hartmannus Hartmanni tit. de appellat. obſ.* 24. Hinc *Lancelottus, de attentatis, cap. 28. n. 98.* refert, quamuis ab ipſa ſententia reuocationis attentatorum appellari non poſſet, poſſe tamen ab aliqua interlocutoria in ea lata, *per text. in cap ſignificantibus, ext. de Operis noui nunciatione,* ibi à

ibi à ſententia deuolutionis non appellari, ſed permitti prouocationem, ab interlocutoria admiſſionis quarundam probationum.

Propugnatores autem diuerſæ ſententiæ nituntur ſequentibus rationibus.

Prima, vbi eadem eſt ratio prohibendi appellationem ab interlocutoria, quæ eſt prohibendi à definitiua, vtrobiq; idem ius eſſe ſtatuendum, eadem autem prohibitionis ratio eſt, in interlocutoria, quæ in definitiua, v. g. in caſu *d. l. quiſquis*, ne celeris immiſſio in poſſeſſionem moretur, quæ per hanc ſcil. interlocutoriam, etiam impeditur.

Secunda quod nomen ſententiæ referatur ad interlocutoriam vel ratione ſubiectæ materiæ, aut contrarietatis, abſurditatiſuè euitandæ cauſa, *gloſſ. in clemen. 1. verſ. ſententias, de re iud.* maximè vbi eadem ratione militet interlocutoria.

Tertia, quod vna via prohibitum eſt, alia concedi non debet, ne conſtitutio prohibitiua eluſoria reddatur, quod hic eueniet, ſi appellatio permittatur ab interlocutoria, prohibeatur à definitiua.

Denique, non conceditur appellatio, ab interlocutoria, niſi ratione definitiuæ, vt quia vim definitiuæ habeat, vel damnum irreparabile contineat, quare, ſi ab ipſa definitiua, (cuius ratione conceditur appellatio ab interlocutoria) prohibeatur appellatio iuſtiori ex cauſa ab interlocutoria ipſa, plura *apud Menochium, remedio 4. adipiſc. poſſeſſ. nu.* 813. *cum ſeq. Benderus, de reuiſionibus concl.* 38. *vbi nu.* 34. concludit, præcipuè in materia poſſeſſoria, non licere appellare, ab interlocutoria, in poſſeſſorio lata.

Verum, ſi hanc opinionem geneneraliter admittamus, videlicet, ab interlocutoria in poſſeſſorio lata, non eſſe recipiendam, perdura admodum, & aliena ab humanitate videtur, quid enim ſi interloquatur, teſtes non eſſe recipiendos.

Et quamuis *Menochius, d. remedio 4. adipiſc. poſſeſſ. nu.* 817. appellationi non eſſe locum ſtatuat, quia, vt hoc damnum per

Digitized by Google

definitiuam poſſeſſorij reparari non poſſit: per iudicium petitorium tamen, quod moueri poteſt, id poſſe, & hoc ſufficere, hoc inquam, ab æquitate alienum videtur, ſi fundamentum meæ intentionis ſolum ſuper depoſitione Teſtium ſubſiſtat, illiq; reijciantur à Iudice, cum potius curare debeat, vt probatio ſalua ſit, quam pereat. *iuribus vulgatis. & facit Tex. in d. cap. 3. ſignificantibus ext. de operis noui nunciat. Tex. elegans, in capit. 36. ſignificauerunt, ext. de teſtib.*

Secundo, ſi exceptionibus oppoſitis ipſius iudicium declinare velim, iure prouocatio ab hac interlocutoria, reijci non debet. *Menochius. d. loco. nu.* 822.

92 Quarè dicendum † videtur, à ſententia lata in poſſeſſorio, appellari poſſe, ſi inferat grauamen, quod per ſententiam in ordinario poſſeſſorio reparari non poſſit: vel ſaltem cum difficultate, *Grauæus ad Gail. concl. 7. conſid 2. nu.* 18. *&* 20 *& concl.* 129. *nu* 5. vbi authorit. & præiudicijs comprobat, ſi periculum reparandi ſubſit: vt ſi interloquatur, teſtes in iudicio poſſeſſorio recipiendos non eſſe, ad petitorium reſeruandum, prouocari poſſe.

93 Secunda † opinio eſt, generaliter in cauſis poſſeſſorijs appellationem operari ſolum effectum deuolutiuum, cui ſubſcribit *Minſing. cent. 6. obſ.* 13. *Maranta, par. 6 tit. de appell. nu.* 305. *Fachineus, lib. controuer.* 1. *cap* 75. *Menoch. remedio, 9. recuperan. poſſeſſ. nu.* 316. *cum ſeq.* vbi refert *d l. vnicam, Cod. ſi de momentanea poſſeſſ.* non prohiberi appellationem à poſſeſſorio; ſed tantum per illam, ſententiæ executionem non impediri, ponderando verba *d. l.* 1. *ibi.* ETSI appellatio interpoſita fuerit, tamen lata ſententia ſortitur effectum &c. quaſi lex non interdicat appellationem, ſed ſtatuat appellatione interpoſita, ſententiam latam effectum ſortiri.

94 His tamen † non puto tantum deferendum eſſe, quin veriorem ſentẽtiam eſſe ducam exiſtimantium intereſſe, inter poſſeſſorium plenarium, & ſummarium. vt hic nullo modo appellatio permittatur, illis autem vtrumq; effectum operari, quem

Digitized by Google

quem iudiciorum vſum, & praxim communem, & Camer. Imper. amplecti, teſtatur *Gail, lib. 1. obſ. 7. num. 7. & obſ. 147. num. 9.*

Probatur prima pars: videlicet appellationes à poſſeſſorio plenario recipiendas eſſe, & executionem ſuſpendendam.

Primò. ſententia in plenario ſeu ordinario poſſeſſorio lata, eſt definitiua. *Clem. vnica, de ſequeſtratione poſſeſſion. Dd. ad d. l. vnicam &c.* Ius poſſeſſionis tribuit: ſeu poſſeſſionem, quatenus ius eſt, confert. quare non erit parui præiudicij; nec nos mouet, quod ſententia lata, ſuper poſſeſſorio, facillimè poſſit definiri, & expediri apud Iudicem appellationis, quæ habuit effectum ſaltem deuolutiuum: ex quo poterit grauamen, per executionem ſententiæ illatum reparari. vt inſtat *Couarr. pract. quæſt. cap 23. verſ. 2. concl.* non inquam hoc obſtat: cum enim ſententia lata ſuper poſſeſſorio plenario, ſit definitiua, nullam poſt ſe aliam ſentētiam ſuper poſſeſſione expectans, ſed litem poſſeſſionis vltimatè & definitiuè dirimens, iusq; poſſeſſionis tribuat, meritò appellatio permittenda erit.

Denique, vbi lex prohibet appellationem, non nuda appellatio, ſed eiuſdem effectus prohibiti cēſentur, vt ſuſpendat iudicatum, *l. 1. §. fin. ff. ad S. C. Turpillianum, l. 32. præcipimus, §. ſanè, C. hoc tit. cap. venientes, ext. de iureiurando, cum ſimilibus*, & deuoluat cauſam *ſuperiori, cap. paſtoralis, §. præterea, ext. de offic. deleg.* maximè ſi admittatur illa deſcriptio appellationis, quod ſit iudicis prioris, per inuocationem ſuperioris, ritè facta ſuſpenſio, ſic vice verſa, vbi expreſſè non reperitur prohibita appellatio, lex permittit eam, quoad effectus appellationis: permiſſio enim debet contrarium operari, quod operatur prohibitio. Quarè, cum prohibita appellatio nec executionis ſuſpenſionem, nec cognitionis deuolutionem, hos videlicet effectus appellationis, non operetur, permiſſioni appellationis, ijdem attribuendi erunt: cum contrariorum eadem ſit diſciplina, & ab hoc poſſeſſorio in Camera recipi appellationes, *probat Ordinatio Camer. Imper. part. 2. tit. 8. §.* Vnnd ſo das 2c.

cum ſeq. Gail, lib. 1. *obſ.* 7. *num.* 7. *tom.* 4. *Symph voto* 36. *nu.* 1. *part.* 1. *Tilman. de Benignis, Syntag.* 1. *decad.* 1. *voto* 10. *nu.* 8.

Secunda pars videlicet, à poſſeſſorio ſummario, nulla ratione recipi appellationem, maximè verò, quando Iudex ex officio procedit, vt cum timor ſubeſt, nè enſis pro libello offeratur, multis authorit. comprobat *Grauæus ad Gail, concl.* 7. *conſiderat.* 2.

95 In quam † opinionem ponderari poteſt *d. l. vnica, Cod. ſi de momentanea poſſeſſ. ibi.* ITA tamen poſſeſſionis reformationem fieri oportet, vt integra omnis proprietatis cauſa ſeruetur, cum enim appellatio deuoluat id, quod in iudicium deductum eſt, vt infrà latius patebit, & *in d. l. vnica*, exprimatur, de proprietate ſolum cognoſcendum, nec de poſſeſſione in cauſa appellationis quærendum, cum excludatur illis verbis quæſtio poſſeſſionis, conſequens eſt, nec quo ad effectum quidem deuolutiuum, in hoc poſſeſſorio appellationem admitti.

Nec obſtant verba, *d. l.* ETSI Appellatio interpoſita fuerit, nec principium *d. l.* quaſi verba, cum de poſſeſſione, ordinarium poſſeſſorium, & verba, & eius momento cauſa dicitur, ſummarium ſeu momentaneum comprehendant, ideoque ſententiam in vtroque ſortiri effectum. *gloſſ.* enim ibidem rectè interpretatur, quatenus ſcilicet de facto interpoſita ſit, & quod *d. l.* intelligenda ſit, de momentaneo poſſeſſorio, patet ex Rubrica, iuncta *d. l.* maximè cum ſecundum receptiorem interpretationem ad *d. l.* tradita aptius congruant, detentioni quam poſſeſſioni, & magis detentio quam poſſeſſio dici debeat. Quæ meritò produci, & extendi poſſunt, ad illa poſſeſſoria ſummaria quæ celeritatem requirunt, & cum periculum eſt in mora, *dict. l. quiſquis, C. quorum appell.* Sed ad propoſitum.

96 Secundo probatur, † à poſſeſſorio momentaneo, (quod varijs modis nominatur, à quibuſdam iudicium litigioſæ poſſeſſionis, de quo *in Ordinatione Imperii Anno*, 21. *VVormatiæ conſtituta*

Digitized by Google

ſtituta. tit. Wie es in Irꝛung ꝛc. *fol.* 121. *& Ordinat. Camer. Imper. part.* 2. *tit.* 21. *Rulantus, de Commiſſariis. part.* 3. *libr.* 4 *de remed. Gen. acq. cap.* 2. *nu.* 3. Item remedium prouiſionale, fiduciaria poſſeſſio, noua prouiſio, Proceſſus informatiuus, interim, recredentia *alij deniq;* vindicias vocant. *Budæus, in l.* 2. *§. & cum placuiſſet, ff. de origine Iuris, Gilken. in authent. offeratur, num.* 192. *C. de litis conteſt.*) non recipi appellationem, ex *Symmacho, lib.* 1. *Epiſtolar.* in cauſis, inquit, quibus momenti reformatio poſtulatur, appellationes recipi non oportet, *& cap.* 41. *§.* 5. *de poſſeſſione,* 2. *q.* 6 *Cuiac. lib.* 1. *obſ. cap.* 20. *& lib.* 2. *cap.* 35. *in fine,* vbi refert, à breuitate temporis ſic dictum, vt tam citò quam ſtatim ſaluo negotio reformetur, nec in vllam moram protrahatur, aut producatur, &. expedienda cauſa poſſeſſionis celeriter remota exceptione, compenſatione, appellatione, abiecta omni cunctatione, *l. vlt. in fine, C. de compenſat. l. momentaneæ, C. vnde vi, cap. fin. ext. de ordine cognit.* Vnde non mirum, ſi appellatio improbetur, cum adhuc aliud ſpeciale habeat, hæc momentaria poſſeſſio, momenti beneficium, ſeu celeris hæc informatio, ſic enim appellatur, *in l. ſi Coloni, C. de Agricol. & Cenſit.* vt ne quidem querelæ, ſupplicationi locus ſit, *Couarr. d. q.* 17. *nu.* 4. *Gilken. in d. authent. offeratur, nu.* 200.

Tertio, à ſententia interlocutoria niſi grauamen contineat irreparabile, non concedatur appellatio, vt patet ex ſupra dictis, hanc autem Interlocutoriam eſſe, conſtat, *ex cap.* 41. *§. de poſſeſſ.* 2. *q.* 6. maximè cum præiudicium nullum inferat, hoc poſſeſſorium, quod non ſolum in petitorio, ſed etiam plenario, poſſit reparari, de qua re *in l. poſt C. de ſentent. & interlocutio. iuncta. l.* 3. *C. ſi non à competente iudice &c.* nam hæc ſententia, in hoc poſſeſſorio momentaneo lata, nullum ius poſſeſſionis tribuit, ſed ſolam poſſeſſionem, quatenus eſt facti, ideoque nudam detentionem tribuit, aliud enim eſt poſſidere, aliud eſſe in poſſeſſione, *l. ſi quis antè, ff. de acquir poſſeſſ.* & nullum alteri in ſuo iure poſſeſſionis præiudicium tribuens, & ita

Digitized by Google

exaudienda ſunt verba *Ordinationis, part. 2. lib. 21. in fine.* ibi, Vnd ſo das beſchehen / ſoll als dann::c. & ſic impeditam appellationem in hoc poſſeſſorio refert *Rulantus par. 3. de Commiſ. lib. 8. de proceſſ. iud. interrog. cap. 4. poſt nu. 3.*

97 Quæ contra † hanc opinionem adferuntur, facili negotio expediri poſſunt: nam quod *ad d l. vnicam* attinet, ſupra reſpõſum. *Lex quiſquis. C. quorum appell.* commodam recipit interpretationem ex ſupra dictis, *& l. ſi res. 7. ff. de appell. recip. cap. 41. §. ſi quis etiam auſus. 2. q. 6.* Quod olim ita comparatum fuiſſe probat *Baluduinus, in §. ſequens, nu. 3. inſtitut. de interdictis.* videlicet non licuiſſe, bonorum poſſeſſionem petitam ab hærede ſcripto, vlla exceptione aut conteſtatione remorari &c.

98 Occurret aliquis, † in poſſeſſorijs, naturam appellationis operari ſolum effectum deuolutiuum; Verum, cum appellatio ſua natura operetur effectus ſuſpenſionis, & deuolutionis, dicendum erit excipienti, aliud obtinere in poſſeſſorijs: recepta enim eſt enunciatio Interpretum, ſpecialitatem allegantem non eſſe audiendum niſi aſſignet ſpecialitatis rationem, vrgentem, legibus cognitam, & fundatam, eamq́; ſpecialem, non generalem, *argum. l. ab ea parte, 5 ff. de probationib.* Quod cum hactenus præſtitum non ſit: adduci non poſſum, vt improbem, communem vſum iudiciorum. de quo ſupra. Hinc ne cõcedatur appellatio, in terminis poſſeſſorij ſummarij manendum: nec admittendos articulos concernentes poſſeſſoriũ plenarium, traditur. alias cenſebitur iudicium ordinarium. & ſic admittenda appellatio, item tantum actus poſſeſſorios articulandos, ſolamque poſſeſſionem deducendam, & articulos petitorum concernentes reijciendos, alias mixtum eſſe poſſeſſorium, quo caſu appellationem non improbandam.

99 Itaque † quamuis à poſſeſſorijs, ſecundum quoſdam Interpretes, non concedatur appellatio, hoc generaliter non procedit: à ſententia enim in poſſeſſorio, euidenter iniuſta, & ſine

cogni-

Digitized by Google

cognitione cauſæ lata, appellari poſſe. *refert Menochius, remed. adipiſc. nu.* 86.

Secundo. declaratur ab ipſis non procedere, ſi poſſeſſorium admixtam habeat cauſam proprietatis. *Menochius, remed. retin. proceſſ.* 6. *nu.* 164. *remed.* 8. *recuper. nu.* 331. *remed.* 3. *adipiſc. vbi nu.* 190. hoc reſtringit.

Denique, appellari poſſe à ſententia ſuper poſſeſſione, & fructuum reſtitutione lata: hic enim ratione fructuum recipiendam eſſe appellat. *Menochius, remed.* 4. *adipiſc. num.* 869. hæc declaratio tamen ſuſpecta ex eo videtur: cum enim natura interdictorum veniat fructuum reſtitutio, *leg.* 3. *in interdictis, ff. de interdictis, leg.* 1. *§. ex die,* 40. *ff. de vi, & vi armata,* ſequitur ab omnibus interdictis, admittendam appellationem.

Secundo, inconueniens eſſe cauſam acceſſoriam plus & fortius operari, cauſa principali.

Tertio. non concedendum per aliquum, quod directè eſt prohibitum; per manus namq; interpretum traditur, vbi duæ cauſæ ſunt, & vna admittat appellationem, altera non, in vtraque accipiendam appellationem, *Baldus, in d. l. vnica, C. ſi de moment. poſſeſſ. &c.*

Verum, his reſpondendum, ideo recipi appellationem, non quod cauſa poſſeſſorij, cum reſtitutione fructuum ſit mixta, poſſeſſionis ſcilicet & proprietatis, ſed quod nomine reſtitutionis rei quis iure, iniuſtè autem reſtitutionis fructuum damnari poſſit. etenim bona fides, cultura, induſtria, titulus, poſſeſſio &c. interuenire poſſunt, quæ hanc excludant. ideoq; in cauſa appellationis quæſtio fructuum, non poſſeſſionis, examinanda.

Vltimò. à poſſeſſorijs appellationem non improbari tradunt, ſi damnum irreparabile inferatur, *Menoch. remed.* 4. *adipiſc. poſſeſſ. num.* 186. vbi hoc exemplis declarat. Plures limitationes huius materiæ apud eundem traduntur in recitatis locis.

Scd...

100 Sed, quæſtionis eſt, † an à ſententia, quæ fertur *ex leg. fin. C. de Edicto Diui Adriani &c.* appellari poſſit?

Et regulariter non eſſe admittendam, confirmat *Couarruuias, practic. quæſt. q. 23 verſic. 3. concl.* Si tamen poſſeſſor conuentus, ſe pariter hæredem ſcriptum aſſerat, à ſententia contra ipſum latam, appellationi eſſe locum, quia mixtum ſit iudicium, *refert Menochius, remed. 4. adipiſc. num. 856.* idem iudicium eſt, vt petita immiſſio *ex d. l. fin.* eaque denegata, præbeat cauſam appellationi, *Menochius, d. loco, num.* 870. *vide Tom. 1. Symph. part. 1. tit. 7. voto 2. nu. 7. cum ſeq. Author præiudic. Cam. in verbo appellatio ab Interlocutoria, fol. 26. ibi ſententia de immittendo &c.* Et hoc eſt, quod dicitur, in remedio *d. L. fin.* à ſententia negatiua, non autem affirmatiua, appellationi eſſe locum &c.

101 Reliquum eſſe videtur, † vt diſpiciamus, quid de Iure Canonico obtineat, in appellationibus à poſſeſſorijs.

Et communi calculo interpretum ſtatuitur, à poſſeſſorijs appellationem eſſe permiſſam, *Clemen. vnica, de ſequeſtrat. poſſ. cap. conſtitutis, 46. ext. hoc tit.* vbi cum tractaretur de emittendo in poſſeſſionem electum in præpoſitum, & Decanus appellaret, allegans impotentiam, delatum fuit huic appellationi. Et quamuis vrgeri poſſet, Pontificem reſpondere ſecundum ea, quæ ſunt propoſita, non impediendum eſſe effectum confirmationis, appellatum autem fuiſſe à poſſeſſorio ideoq; non recipiendam appellationem, tamen ſi iudicio complectamur rationem, quare effectus confirmationis impediri nō debeat, deprehendamus, cauſa dilationis, interpoſitam fuiſſe appellationem, quæ conſtat ex eo, quod Decanus allegabat, ſe propoſiturum alias exceptiones, quod cum non fecerit, iure non deferendum appellationi, Pluribus confirmat *Couarruuias, pract. quæſt. cap. 23. verſic. 1. concl. Maranta, part. 4. diſtinct. 9. nu. 44.*

102 Sexto, † non recipitur appellatio à cauſa deciſa per iuramentum relatum, *leg generaliter, 12. §. 1. ſed iuramento, ibidem commu-*

Digitized by Google

communiter Dd. C. de rebus creditis &c. Quis enim *inquit* Imperator, ferendus eſt, ad appellationis veniens auxilium, in his, quæ ipſe facienda procurauit, id eſt, Author fuit ita iudicati, hoc tamen recipit ſuas declarationes, de quibus Interpres *in d. §. 1. ſed iuramento &c.*

Quarum prima eſt, ſi iuramentum delatum recuſatum fuerit, *d. l. generaliter, §. ſi autem.*

Secundo. An autem idem probandum ſit, ſi quis aduerſario iuramentum referat, atque is iuret, & huius iuramentum ſecutus iudex, ipſum qui retulit, condemnet. *Dd. in d. §. ſin autem,* ſe diuidunt.

Omiſſa longiore altercatione, videtur appellationi non eſſe locum, cum eadem ratio ſit, in referente quæ in deferente, nam & ipſe eligit hanc viam, vt aduerſarij teſtimonio cauſa decidatur, *Fachineus, lib. 1. controu. cap. 23.* illud autem hic ſciendum, ad iuramentum admiſſum, non obſtante appellatione, citra tamen eius præiudium; iurare apud eundem Iudicem poſſe, ne pendente lite appellationis, mortuo eo, qui iurare debuit, probatio intercidat, *d. l. generaliter, in verbis.* Euenit, vt Prouocatione lite ſuſpenſa, hi quidem, qui iuſiurandum præſtare iuſſi ſunt, ab hac forte luce ſubtrahantur, Probationes autem rerum cadant &c.

Vnde in diſceptationem † vocari poteſt, ſi pendente hoc iudicio appellationis, à delatione iuriſiurandi deceſſerit is, qui iurare debuit, nec iurauit, an iuramentum pro præſtito haberi debeat. Et ita deciſum refert *Codex Fabrianus, lib. 4. tit. 1. definit. 14. & 32.* 103

Septimò, appellatio † à citatione improbatur, quia ea de Iure Ciuili ante ſententiam non admittitur, niſi in caſibus à iure expreſſis, *cap. 12. ſuper eo ext. hoc titul* inter quos non reperitur citatio, *Guido Papæ deciſ. 71. num. 2.* in ijſque recipiendis, Ius Ciuile ſequendum, *Ordinatio Cam. Imp par. 2. tit. 28. § fin.* & hac ratione Proceſſus denegatos refertur *Tom. 5. Symph. ſupplicat. 1. fol. mihi, 205. Authore præiudicior. Camer fol. 34 ibi* 104

 à citati

à citatione &c. & fol. 72. ibi à citatione &c. quò pertinent, quæ refert *Greg. Tholoſan. lib. 50. Syntag. iuris &c. cap. 2. nu. 13.* non recipiendam eſſe appellationem à ſimplicibus iudicij præparatorijs, & ita placuiſſe *Senatui Pariſienſi*, in quadam cauſa, & *Codex Fabrianus, lib. 7. tit. 26. definit. 37.* in *Senatu Sabaudiæ* appellantem auditum non fuiſſe, à citatione perſonali.

105 Octauo, † non appellatur à pœna, *l. aliud fraus, 131 §. 1. inter, l. ſi qua, 244 ff de verb. ſignific.* Animaduertendum autem, an pecunia, qua quis plectitur, ad mulctam, an verò ad pœnam ordinariam, referri poſſit, inter vtramque enim multum intereſt, pœna namque eſt, quæ quaque lege, vel alio iure, ſpecialiter, alicui delicto impoſita eſt, mulcta autem arbitraria eſt, à qua appellatio, non à pœna, permittitur, quia eſſet à lege ipſa appellare. A declaratione tamen ſententiæ, qua quis declaratur, in pœnam legis incidiſſe, iure etiam appellatur à pœna. *gloſſ. in cap. cupientes, in verbo ſi quis, de Electionibus in ſexto. Alciatus, in d. l. ſi qua, ff. de Verbor. ſignificat.* quia non de legis iniuſtitia, ſed de ius dicentis facto diſceptatur. *videantur eleganter tradita, in hanc rem, Tom. 5. Symph. relatio. vlt. num. 25. cum ſeq.*

Porrò, cum hodie pœnæ arbitrariæ factæ ſint, *leg. hodie, 13. ff. de pœnis*, ab illis rectè appellatur. *Cuiac. ad cap. ad noſtram, 3 ext. hoc titul. & lib. 8. obſeru. cap. 33.* quod ita intelligendum, non vt iudex à legum definitione, pro ſuo arbitrio, recedere poſſit, ſed demum ex cauſa, eaque iuri cognita. PERSPICIENDVM *inquit* I.C. eſt iudicanti, ne quid aut durius, aut remiſſius conſtituatur, quàm cauſa depoſcit, nec enim aut ſeueritatis, aut clementiæ gloria affectanda eſt, ſed perpenſo iudicio prout quæq; res expoſtulat, ſtatuendum eſt &c. *l. 11. l. hodie, 13. l. abſentem, 5. §. 2 refert, ff. de pœnis.*

Nec obſtat, *d. l. hodie*, quod liceat iudici, quam velit ſententiam ferre, vel grauiorem, vel leuiorem. Prompta enim Reſponſio eſt, commiſſum eſſe his verbis negotium, & tanquam bono viro concreditum, non liberum arbitrium, ſed quod legibus

Digitized by Google

gibus conſentaneum ſit, vt premodo admiſſi, homines coërceantur, & ratio, in coërcendo delicto, non excedatur, vel dici poterit, ſententiam *d. l. hodie*, eſſe, quemadmodum ordo exercendorum iudiciorum, in vſu eſſe deſijt, & extra ordinem de criminibus cognoſci cœpit, *l. ordo*, 8. *ff. de publicis iudic.* ita etiam in pœnarum definitione euenit, vt latius explicat *Gilken. in l. rem non nouam, nu.* 15. *de ſeq. C. de iudiciis.*

Cur autem factæ ſint pœnæ arbitrariæ, conſuli poterit *Vincentius Cabotius, lib.* 2. *de diſp. cap.* 6. melius tamen eſt pœnam omnibus delictis ſtatui: durius enim patiuntur homines imperia hominum, quàm legum, & pœnas ſimiliter quas homines, quam eas, quæ leges infligunt. vndè optimum eſt, ſingulis criminibus pœnam ſtatui, & in ſingulis delictis, pœnas legibus definiri, vt idem Author, à quodam Rege Scotorum &c. factũ eſſe refert, hunc varios ſuppliciorum modos varijs pro flagitijs in tabulas redigiſſe, (quem ſecutus videtur *Imperator Carolus Quintus, in ſua ordinatione criminali.* easq; viri vnius, qui optimus ſimul eſſet, ac literatiſſimus, commiſiſſe cuſtodiæ, vt occurrenti delicto debitum ex tabulis ſupplicium, & reo & iudici oſtenderet: iudicemq; populus in emendandis erroribus dignoſceret, ab æquo minime digreſſum.

Nonò, à ſtatuto contra certam perſonam ſpecialiter lato, an permittatur appellatio, *vide Cornelium Bennicaſium, in Tractat. de conſtitut. quæſt.* 6. vbi prolatis in vtramque partem argumentis, concludit, eam non reijciendam, *l.* 2. *C. de Decurionibus, lib.* 10. *tit.* 31.

Decimò, non appellatur à ſententia Senatus, *l.* 1. *§. ſciendum, ff. à quibus appellari non liceat*, quod tamen non ita generaliter exaudiendum, *Menochius, lib.* 2. *de arbitr. iudic. centur.* 1. *caſu* 69. *nu.* 34. *&* *caſu* 4 8. *nu.* 36 *&* *nu.* 58 vbi refert extare Pij Secundi &c. conſtitutionem, qua grauiſſima pœna indicitur appellanti à ſententententijs Pontificum.

Porrò, à qua cauſa impermiſſa ſit appellatio, conſuli poterit *Maranta, hoc titul. à numer.* 315. *vſq. ad numer.* 368. *Speculator*, 106

hoc tit. vnum caſum ſingularem, & in praxi frequentem referre ſufficiat, videlicet, ſi res dilationem non recipiat, *l. 7 ſi res, ff. de appellat. recipiend.* Hinc non auditur creditor appellans ne corpus debitoris ſepulturæ tradatur, *argumento, l 38. ne corpora, ff. de religioſis, & ſumptibus &c. Aſinius Tract. de execution. §. 1. cap. 71. nu. 3.*

107 Quo referri poteſt, † cauſa alimentorum, quamuis enim dubitetur, an † in cauſa alimentorum, appellationi deferendum ſit, *Barthol. in l. mela, ff. de aliment. legat.* hodie tamen in Terris Imperij indubitatum eſt, appellationem, nomine alimentorum interpoſitam, non habere effectum ſententiæ morandæ, *ita conſtitutum nouiſſima Spirenſi conuentione, Anno 1600.* §. Belangend aber ꝛc. *fol. mihi, 773.* vbi ſtatuitur, Daß in Sachen decretorum alimentorum, effectus ſententiæ, nit ſuſpendiert/ ſonder mit der Execution vnuerhindert verfahren werden ſoll ꝛc. quod iuri conſentaneum eſt, *Dd. ad l. penult. ff. de his, qui ſui vel alieni iuris &c.* Si enim quærenti de inofficioſo teſtamento, pendente appellatione, ex portione, quam per querelam vindicat, & obtinet, in primo iudicio, alimenta decernenda, atque adminiſtranda ſint, vsque ad finem litis, *l. ſi inſtituta, 27. §. 3. de inofficioſo, ff de inoffic. teſtam.* Iuſtiori ex cauſa, ſi de ipſis alimentis quæſtio mota erit, id probandum erit, *Couarr. pract. quæſt. cap. 6. nu. 6.*

108 Verum † generaliter receptum, cuiuis litiganti ſuper bonis, quæ prætendit eſſe communia, vel ad ſe pertinere, alimenta ſubminiſtranda eſſe, nec iudicem decernentem pendente iudicio appellationis, alimenta, innouari cenſere, *l. vlt. Cod de ordine cognit. Menochius, lib. 2 præſumpt. præſumpt 67. nu. 41 & lib. 1. præſumpt. q. 35, num. 19. Codex Fabrianus, definit. 26 lib. 5. tit.* 8 vbi refert, nedum alimenta, ſed etiam ſumptus litis præſtandos eſſe, ſiue in prima, ſiue appellationis inſtantia agatur, alias autem poſtulatio non habet rationem volētium, in ſumptum litis pecuniam ſubminiſtrari, *l 17. Imperatores, ff de tutelis, & rationibus diſtrahendis &c.* Ratio autem ſuperiorum

eſt,

eſt, quia alimentorum cauſa non facit veritati præiudicium,& ideo ſi pro modo facultatum alimenta conſtituta non præſtentur, pignoribus captis, & diſtractis, cogendum ſententiæ ſatisfacere, vt ait I. C. *in l. 5. ſi quis. §. 9 meminiſſe iuncto §. ſeq. l. 7. ſi neget. ff de agnoſc. liberis &c. l. ſi iudex,* 10. *ff. de his qui ſui iuris, vel alieni &c.*

Quare à ſententia conſtituente alicui alimenta, non appellatur, ſi tamen conqueratur, pro alendo Puero, iuſſum ſoluere, ſingulis ſeptimanis, tot florenos, quem neget ſuum eſſe, admiſſam appellationem legi, quoad effectum deuolutiuum, ſuſpenſam à ſententia alimentorum, præſertim futurorum, non concedi prouocationem, quoad effectum ſuſpenſiuum, ſuprà relatum, & idem authoritatibus, & deciſionibus comprobat *Lancelottus, de attentatis, limitat. 24. cap. 12. num. 5. cum ſeq.*

In ſumma quibus caſibus improbetur appellatio, his verſibus continetur, 109

Appellare vetant ſcelus, excellentia, pacta,
Contemptus, minima res, interdictio facta,
Arbitrium, res quæ perit, etſi longius acta.

Quorum declarationem vide apud *Dickium, in ſua Oeconomia iuris, hoc tit. de appellationibus.* Et alias cauſas, à quibus denegetur appellatio, quæ cum explicationem non habeant difficilem, lectionem magis deſiderent, referre ſuperſedeo, remittoque Lectorem ad ſuprà citatos Authores.

CAPVT IV.

A quibus Iudicibus concedatur, & à quibus denegetur Appellatio.

SVMMARIA.

1. *Ab omni Iudice inferente grauamen appellari poſſe, & num. 2. 3. 5.*

Digitized by Google

4. Pleriſq; viſum eſt, l final. C. quando prouocare &c. in foro receptam non eſſe.

6. Si quis medio ſequeſtrationis priuaretur poſſeſſione, iuſtam cauſam appellandi eſſe, & ita in Senatu Sabaudiæ definitū.

7. A Iudice non admittente appellationem prouocari poſſe, idq; deciſionibus confirmatur.

8. A Iudice protrahente iuſtitiam appellatur, & an trina interpellatione opus ſit.

9. Varia remedia hoc caſu alicui deferri, promotoriales decerni poſſe, quibus vt locus ſit, quæ requirantur.

10. Comitiis Imperij definitum, promotoriales decerni ſine documento requiſitionis.

11. Reproductis promotorialibus, ſine iuſtitiæ adminiſtratione lapſo, cauſam quocunq; ſtatu, ad Cam. Imp. ipſo iure deuolui.

12. Ob protractam ſeu denegatam iuſtitiam, per viam querelæ, citra appellaionem, ſuperiorem adiri poſſe.

13. Ab omnibus Iudicibus ordinariis, quam delegatis, appellationes recipi.

14. An à Commiſſariis concedatur appellatio, diſtinctione expeditur & à Commiſſariis deputatis ad examinandos Teſtes, neq; ſecundum ius, neq; ſtylum Cameræ, appellari.

15. Commiſſarium, ratione amicitiæ, tanquam ſuſpectum recuſari poſſe, & an de exceptionibus recuſationis delegatus cognoſcere poſſit.

16. Duplices ſunt Commiſſarij, ex ſtylo Cam. Imperialis, & qua ratione ab ipſis prouocetur.

17. Gradatim ſemper ad ſuperiorem appellandum, adeò, vt nec ſtatuto hic ordo ſubuerti poſſit, nec conſuetudo in contrarium ſubſiſtat, eoq; iure nos vti, & nu. 28.

18. Omiſſo medio, ſi appellatum, neq; hoc oppoſitum, an Proceſſus teneat.

19. Intereſſe inter Iudicem ordinarium, & Iudicem datum, & explicata l. à iudice 5. C. de iudiciis, iuncto cap. cum cauſam, 62. ext. hoc tit.

20. Sen-

Digitized by Google

20. Sententia l. 1. § fin. ff. quis à quo &c.
21. A ſubdelegato Principis quomodo appellandum, & nu. 23.
22. Defenſa Lectio. l. vnica, C. qui pro ſua Iuriſdictione &c.
24. Difficultates, ex quibuſdam legibus motæ, reſoluuntur.
25. Non ſemper à delegato ad delegantem appellari.
26. Omiſſo medio iudice appellari, ſi is ſuſpectus ſit, idq́ ſufficere, ſi ſemel in ea cauſa fuerit:
27. Si intermedius Iudex ſententiam conceperit, an eo omiſſo, ad ſuperiorem appellari poßit.
29. Certis ex cauſis, omiſſo medio, ad ſuperiorem appellari, maximè verò ſi is ſit incapax.
30. Si quis in appellatione errauerit, cum alium appellare deberet, alium appellauerit, an error appellanti officiat. diſtinctione confirmata præiudiciis, reſoluitur.
31. Poſſe ab Eccleſiaſticis ad Laicum ſuperiorem appellari, tanquàm ab abuſu, idq́ authoritatibus comprobatur.
32. A ſententia Eccleſiaſtici, in cauſa ſeculari lata, in cauſa appellationis, an Iudex Laicus ſuperior adiri poßit.
33. Quæſtio poſſeſſorij, an ſit mixti fori.
34. Paßim receptum, cognitionem ſuper poſſeſſorio, ſoli Principi Laico competere.
35. In cauſis Eccleſiaſticis, interdici prouocationem, ad iudicem Laicum, idq́ exemplo demonſtratur.
36. A Principe non prouocari.
37. An à Principe malè informato, ad melius informandum, interponi appellatio poßit, reſolutio authoris in hac quæſtione, nu. 38. & 39.
40. Totus C. de relationibus. explicatur.
41. A reſcripto Principis appellationem non improbari.
42. Principes ſæpißimè falſis narratis circumueniri; & elegans in hanc rem dictum Imperatoris Diocletiani.
43. A Camera Imperiali non concedi prouocationem, cum eleganti adducta ratione, num. 44.
45. Arbitrorum duo eſſe genera, & de ſpeciebus arbitrorum.

49. Qui

46. *Qui dicantur arbitri Compromiſſarij, à quibus improbetur appellatio.*

47. *Pœna compromiſſo non adiecta, ab arbitris an prouocari poßit.*

48 *Ab arbitro iuris prouocationem non reijci.*

49. *Aliud eſt in quem compromittere, aliud quid arbitrio alicuius committere, citra tamen compromiſſum.*

50. *Si arbitri ſententia iniqua ſit, loco appellationis dari exceptionem doli, per quam petitur reductio ad arbitrium boni viri, quæ nulla cautela, aut ſubtilitate verborum, effugi poterit, idq; præiudiciis confirmatur.*

51. *Etiam iuramento confirmato compromiſſo, reductioni locum eſſe.*

52. *Vt appellans, aut petens, reductionem ad arbitrium boni viri, audiatur, neceſſè habet, vt qualitas, & quantitas læſionis, id eſt, iuſta cauſa grauaminis deducatur, & pro laudo præſumi.*

53 *Diſſenſio Interpretum, coram quo Iudice reductio petenda ſit.*

54 *Opinio exiſtimantium, hanc reductionem, coram Iudice, qui ſemoto compromiſſo, Iudex competens erat, petendam, verior videtur, eaq; confirmatur præiudiciis.*

55. *Intra quod tempus peti hæc reductio debeat.*

56. *L. cum antea, C. de arbitris declarata, & nu. 58.*

57. *Confirmata communis Concluſio Interpretum, videlicet intra triginta annos, reductionem non excludi.*

59. *A iudice reductionis cauſam definiente, appellari poſſe, idq; præiudiciis confirmatur.*

60. *An à ſententia Iudicis definientis cauſam libero arbitrio prouocari poßit.*

61. *Neq; ab executione, nec à ſententia de exequendo, prouocationem recipi, idq; confirmatur præiudicio.*

62. *Modum in executione exceſſum, iuſtam cauſam præbere appellationi, & quomodo is doceatur.*

63. *Modum exceſſum cenſeri, ſi conqueratur inaudito ſe ſententiam*

tiam lam, aut pro exiguo debito magni pretij pignora capta, non vt poſsideantur, ſed vt diſtrahantur.

64. Duplicem ab Interpretibus conſtitui executorem, à quibus quomodo appelletur.

65. Interpoſita appellatione ab executione, in ſcriptis grauamina exprimenda, non in genere, ſed in ſpecie, idq́; præiudiciis confirmatur.

66. A iudice ſuſpecto, an, & qua ratione appellandum.

67. Ab illis iudicibus non concedi appellationem, qui ſingulari aliquo Priuilegio ſubnixi ſunt, ne ab illis prouocetur.

68. Statutum Comitiis Imperij, vt Priuilegiis, de non appellando &c. Cameræ Imperiali ritè inſinuatis, proceſſus tanquam ſub & obreptitiè annullentur, & circumducantur impetrati.

69. Sereniſsimos Archiduces Auſtriæ, hac prærogatiua ſubnixos, vt ab eorum ſententiis neq; ad Cameram Imperialem, neq́; ad aliud Tribunal prouocari poſsit.

70. Priuilegia ſtatibus Imperij conceſſa, nedum impetrantes, ſed etiam ſubditos concernere, quare in præiudicium ſuperioris. ſubditos alienæ iuriſdictioni ſe committere non poſſe, idq́; obtinere, tàm in primo, quàm ſequenti iudicio.

71. Si priuilegium ita conceptum ſit, vt infra certam ſummam non appelletur, niſi iuramento interpoſito, eam non morandi, aut tergiuerſandi cauſa interpoſitam, etiam ſi quis ſe offerat, ad iuramenti præſtationem, ſumma tamen conformi non exiſtente, appellantem non audiendum, & ita deciſum fuiſſe.

72. Solennibus Priuilegij ſatisfaciendum, alias appellationem effici deſertam.

73. Si ſtatuto, aut Priuilegio, requiratur cautio fideiuſſoria, eamq́; per inopiam quis implere non poſsit, an ne onus ſtatisdationis appellanti remittendum, & ad iuratoriam cautionem admittendus ſit? hoc verius eſſe, idq; præiudiciis confirmatum.

X 74. Si

74. *Si ſumma Priuilegio non ſit conformis, an cauſa, ad Cameram Imp. per viam nullitatis, deduci poßit, & id fieri poſſe, præiudiciis declaratur.*

75. *Aliud autem obtinere, ſi ſumma ordinationi Cameræ Imperialis non ſit conformis.*

76. *Quid probandum ſit in beneficio ſupplicationis &c.*

77. *Grauatis ſupplicandi poteſtas conceditur apud eundem iudicem, cum nouis allegationibus, auxilio appellationis excluſis.*

78. *Denegata appellatione ſupereſſe beneficium querelæ ſupplicationis, recurſus ad ſuperiorem, reſtitutionis in integrũ. &c.*

79. *Supplicatio regulatur ſecundum terminos appellationis, vbi non expreßè iure reperitur differentia, inter ſupplicationem, & appellationem.*

OSTENDIMVS ſuperiore capite, à qua cauſa recipienda appellatio ſit vel non ſit, ordo nunc poſtulat, vt Quartum caput aggrediamur, quod à quibus Iudicibus concedatur Appellatio &c. tractat, quæ inſpectio, nedum latè patet, verum etiam intricata eſt, nobis in præſentia ſatisfuerit, difficiliores & in foro frequentiores, iuris queſtiones, cum addita earundem deciſione, in medium attuliſſe.

Pro explicatione itaq; materiæ tàm impeditæ, cõſtituo pri-
1 mò, Ab omni Iudice † inferente aliquod præiudicium, aut grauamẽ, prouocari poſſe, vt à Iudice protrahente ordinationem iudicis delegati ſeu Commiſſarij, *Rulant. de Commiſſ. lib. 2. in puncto Commißionis &c. cap 20. poſt nu.* 5. vbi ita in quadam cauſa conſideratum refert, quamuis verendum ſit, ne eius controuerſiæ deciſio ita producatur, vt appellantes maximis incommodis conflictentur, antequam optato certaminis euentu potiantur, remedio itaq; alio expeditiori Partib. ſubueniendum erit, vt infrà videbimus.

2 Eadem ratione † iuſta cauſa appellandi cenſetur, à iudice denegante beneficium iuris, etiam commiſſa cauſa appellatione remo-

remota, *videatur cap. ex conquaeſt. ext. de reſtitut. Spoliat. cap. 36. ſignificauerunt, ext. de Teſtib. cap. ex parte. 47. & cap. ex parte 67. ex hoc tit. l. ait Prætor, 7. §. 2. ſed et ſi, verſic. permittitur, ff. de minoribus,* Idem iudicium eſt, in iudice reijciente exceptiones, *cap. 1. ext. de dilationibus, cum ſimilibus.*

Tertio † deducitur, à iudice abſoluente, victum ab expenſis, 3
vel omittente expēſarum condemnationem, prouocari poſſe, *Mynſing. cent. 2. obſ. 22.* allegans *l. vlt. C. quando prouocare non eſt neceſſe.* Ex qua contrarium tamen videtur eliciendum, verum, cum victus victori in expenſas petitas condemnendus ſit, alias iudex de ſuo ſarcire compellatur, *l. 13. properandum, §. 6. ſiue autē, C. de iudiciis,* ſi ratio litigandi nō fuerit, *l. qui ſolidum, 78. §. 2. etiā, ff. de legatis 2.* An iuſta cauſa abſolutionis, aut omiſſionis ſubſit, reliquetur arbitrio iudicis ſuperioris, vndè à Iudice omittente vel denegante expenſarum condemnationem tanquam inferente grauamen, videtur appellationem permittendam, maximè cum ſumptus litis ſæpius excedant valorem re in iudicium deductæ: quod tamen declaratur procedere, ſi victus non appellet, vti animaduerterunt *Abbas, & Canoniſtæ, in capit. ſignificauerunt, extr. de exceptionib. Couarruuias, pr. Ct. quæſt. capit. 27. verſicul. ſed ſi quis, expenſarum* (ſunt tamen, † qui 4
exiſtiment, *d. l. fin. C. quando prouocare &c.* in foro receptam non eſſe) ſimiliter † à taxatione expenſarum appellari poſſe, 5
conſtituitur, *Bartholus, in l. ab executore, nu. 13 ff. de appell. Baldus, in l. terminato, num. 6. Cod. de fructibus, & litis expen. Tom. 2. Symph. part. 2. voto* 40. hic tamen modus exceſſus iſque iu ſcriptis doceri debet, cauſa grauaminis exprimenda *Maranta, parte 6 tit. de executionibus, num. 22.*

In eadem cauſa † eſt iudex procedens ad ſequeſtrationem, 6
ſi eius medio, quis priuaretur commodo poſſeſſionis, nam ſi periculum ſit comminiſcendæ fraudis, ſequeſtratio per iudicem fieri poteſt, pertinet enim ad officium iudicis proſpicere, ne fraudentur ij, quorum intereſt, *Text. elegans, l. penult. maritus, §. ſecundo. poſt in fine, ff. ad leg. Falcidiam,*

Digitized by Google

remedio ſequeſtrationis vtrique parti conſulitur, E. G. ſi quis contendat, ſe eſſe in quaſi poſſeſſione, cenſus annuos percipiendi, iure iudex ad ſequeſtrationem inſtrumentorum, petente aduerſario, procedere poteſt, ne in poteſtate tua ſit, ea occultare, mihique fraudem facere, *d §. 2. poſt*, & cenſetur iudex, potius præueniendi periculi cauſa ſequeſtraſſe quàm animo tuum Ius deterius faciendi, iuſta tamen cauſa appellandi erit, ſi prohibeatur, mihi cenſuum ſolutionem fieri, tunc potius ſpoliatio, quàm ſequeſtratio iudicatur, *Codex Fabrianus, lib. 4. tit. 3. definit.* 2. vbi refert, ita in Senatu Sabaudiæ deciſum, quamuis generaliter tradatur, à ſententia ſequeſtrationis licitam eſſe appellationem, *Author præiudic. Cam. in verbo, ſententia interlocutoria &c. fol.* 319. ibi *ſententia ſequeſtrationis*, allegans *Schraderum, de Feudis, parte 9. cap. 7. nu.* 118.

7 In eadem conditione † eſt iudex non admittens appellationem, ab hoc enim non admittente, concedenda prouocatio, cum enim à non admiſſa exceptione, itemque à non admiſſa probatione, ea non improbetur, *capit. ſignificantibus*, 3. *ext. de Operis noui nunciatione, cap ſignificauerunt*, 36. *ext. de Teſtibus*, *Decius*, *cap. ex parte, de appellatio. Cardinalis, in clemen.* 1. *q.* 4. *de dolo & contumacia*, congrua diuerſitatis ratio, aſſignari non poterit, cur non idem in non admiſſa appellatione, probandum ſit, an reiectio appellationis legitima ſit iudicio ſuperioris non iudicis à quo committenda, ideoque ab illa, appellatio non reijcienda videtur, & quamuis repugnare videatur *Mynſingerus, cent. 3. obſer* 55. quem repetit *Author præiudic. Camer. in verbo, appellatio obdenegatam, fol* 27. & *Timæus, de Benignis, tit Obſeruationes ſupplicandi &c. obſ* 21 vbi refertur in eleganti facti ſpecie, appellationes à denegatione Proceſſuum inferiorum Iudicum in Camera Imperiali non recipi, ſed per viam querelæ ſuperiorem adeundum, *& Pentec.* 5. *obſer.* 8. in defectum Iuſtitiæ denegatæ quem audiui, Proceſſus tamen decretos, *idem Author præiudic.* refert, tanquam à iudice denegante iuſtitiam, *in verbo denegata &c. fol.* 107. ibi *ſi aliquis ſupplicat.*

Digitized by Google

plicat. &c. Compilator quæſt. controu cap. 8. §. 5. *fol* 257. vbi refert in Curia Lipſenſi, ita iudicatum. Imò, ſi ab iſta non admiſſione, vt puta, ab interlocutoria non prouocetur, appellatio deſerta cenſetur, nec poterit hoc grauamen, per appellationem, à definitiua reparari, quod memoriæ commendandum, deprædicant, *Maranta, tit. de appellat. nu:* 41. *Mynſingerus, cent.* 2. *obſeruat.* 49. & ratio eſt, quia ad deſertionem appellationis, cui videtur renunciaſſe, non dandus regreſſus, *iuribus vulgatis.*

Verum, quæſtionis eſt, † an à iudice protrahente iuſtitiam, appellatio permiſſa ſit, & quidem *Mynſingerus cent.* 2. *obſ.* 24. *& cent.* 5. *obſ* 82 *num:* 4. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 28. *num.* 3. exiſtimant, eam non improbari, *authoritate Panormitani, in cap. ex parte, ext. de appellation. Felini, cap. ex literis de conſtitut.* quibus ſuffragari videtur, *cap.* 10. *licet, ex ſuſcepto, ext. de foro competenti*, & ita obſeruatum refert *Mynſingerus, d obſ.* 24. *Author præiudic. Cam. in verbo appellatio ob denegatam &c. fol.* 27: *& fol.* 107. *in verbo denegata*, ibi *in cauſis denegatæ. Rulantus. parte* 3. *lib.* 8. *de Proceſſ. iudic. interrogat. cap.* 13. *poſt numer:* 20. *verſic. ſi non denegauerit*, vbi idipſum præiudicio confirmat, & hoc caſu trina interpellatione iudicem de negligentia debere argui, ſtatuunt *Dd.* quos refert *Gregorius Tholoſanus, lib* 50 *Syntag. Iuris, cap.* 2. *nu.* 16. *Mynſingerus, cent.* 1. *obſer* 91. *Gail lib.* 1. *obſ.* 28. *num* 5. quod declarat *Codex Fabrianus, lib* 7 *tit.* 26 *definit.* 4. Licet *Bartholus, Alexander &c in l. de pupillo § ſi quis ff. de Operis noui nunciat.* & alij, quos citat *Mynſing. cent.* 3. *obſer.* 57. exiſtiment non appellandum, ſed ſuperiorem adeundum, quibus iunge *Tilman. de Benignis, Pentec.* 7. *obſ.* 32. 8

Conſultius † tamen eſſe exiſtimatur, vt cauſa deuoluatur ad ſuperiorem, per viam citationis, quam appellationis, aut mandati, varia namque remedia, contra iudicem producentem iuſtitiam competunt, *Mynſing. cent.* 5. *obſ.* 82. *Gail, d. loco,* Primo promotoriales decerni poſſunt, (quæ tamen non concedantur, niſi operentur effectum deuolutiuum, vt ſi iudices 9

non ſint immediati, nam ſi non ad Cameram, ſed alium ſu-
periorē appelletur, hic ſuperior pro promotorialib. adeundus
eſt, aut ſi non contra Iudicem, ſed partem petuntur, & ita pro-
ceſſus denegatus, refert, *Author præiudic. in verbo Promotoriales,*
10 *fol.* 288.) quæ caſu † non eſt opus documento requiſitionis,
ita ſancitum *Comitiis Imperij, Anno* 66. §. Nach dem denen
Partheyen &c. *fol. mihi*, 568. Quamuis inſtrumentum requiſi-
tionis adferri olim debuerit, *Mynſing. cent.* 2. *obſ.* 74. inſinuatis
autem Promotorialibus, documēto requiſitionis vel executa-
rum Promotorialium, & denegatæ iuſtitiæ opus eſt, *d.* §. Nach
dem &c. qui confirmatus fuit Spirenſi conuētione, habita, *Anno*
1600. §. Ob auch *promotoriales &c. fol. mihi*, 758. licet §. *fin. or-
dinatione Cam. Imp. parte* 2. *tit.* 26. aliud ſtatutum videatur.

Hinc diſputatum, producto documento requiſitionis ſiue lis cœpta ſit, ſiue non, an cauſa ad Cameram Imper. deuolui poſſit.

11 Omiſſa longiore † altercatione, de qua *in Tomo* 2. *Symph. par.* 2. *tit. quæſt. dubia, &c. fol.* 210. *nu.* 163. *d. Spirenſi Conuentione, d.* §. Ob auch &c. definitum in quocunq; ſtatu ſit, cauſam deuolui poſſe ad Cam. Imp.

Secundo, mādatum etiam ſine clauſula decernitur, quamuis cauſa alias non deuoluatur ad Camerā, vt ſi iudex inferior negligat in criminalibus adminiſtrare iuſtitiam, mandata ſine clauſula petuntur, *Rulantus de Commiſſ. lib.* 2. *in puncto Commiſſ. cap.* 3. *lit. A. in fine*, vbi in hanc rem præiudicium adfert.

Denique, per viam Citationis, cauſa ad Cam. Imp. deduci poteſt, hoc tamen caſu, opus erit documento requiſitionis, & ita intelligi poterit principium *tit.* 26. *part.* 2. *Ordinatio. Cam. Imp.* quod remedium expeditius eſſe putatur, quàm ſi per viam appellationis, aut mandati agatur, (cum his duobus modis, cauſa principalis ſuſpendatur, & deciſo appellationis aut grauaminis articulo, partes ad priorē iudicem offenſum remitti poſſint,) nam ob negligentiam iudicum, in adminiſtranda iuſtitia, Cameram adiri conſtat, *ex Ordinat. Cam. Imp. par.* 2. *tit.* 1. §.

Es

Es ſoll auch ꝛc. *verſic.* Es were dann Sach ꝛc. & ob protra- 12
ctam † ſeu denegatam iuſtitiam, per viam querelæ, citrà appel-
lationem, ſuperiorem adiri poſſe, multis comprobat *Grauaus
ad Gail*, ipſum diſſentientem, *concuſ.* 28. *conſid.* 1. De his, *vide
Mindanum de Proceſſ. lib.* 2. *cap.* 54. *nu.* 5. *Mynſing. cent.* 5. *obſ.* 56.
cent. 3. *obſ.* 58. vbi quærit, an in caſu denegatæ iuſtitiæ iuramen-
tum perhorreſcentiæ, vt loquuntur interpretes, deferri poſſit,
& id poſſe concludit. Cuius opinionem confirmat præiudicio
Tylmannus, de Benignis, Pentec. 4. *obſer.* 50. videatur *Gail, lib.* 1.
obſ. 28. *poſt nu.* 3.

Sed ad iudices, † vndè digreſſi ſumus, reuertamur, ab omni- 13
bus inquam iudicibus, tàm ordinarijs, Maioribus, Inferiori-
bus, tàm delegatis, etiam ex conſenſu litigatorum autho-
ritate Principis datis, licitam eſſe appellationem, conſtat, *l. ex
conſenſu*, 23. *ff. de Appellationib. l.* 17. 19. 29. *C. hoc tit. Ordinatio
Cam. Imp. part.* 2. *tit.* 8. §. Wo aber der Beklagt ꝛc. *&* *titul.* 28.
in princip. & quidem liberam dari facultatem appellandi, con-
ſtituit *Imperator Alexander, l.* 25. *Imperator, ff. hoc tit.* Proinde a-
pud *D. Lucam, act. Apoſtol. cap.* 25. cum *S. Paulus* exclamaſſet,
Cæſarem appello. *Portius Feſtus Præſes*, cum conſilio collocu-
tus dixit, Cæſarem appellaſti, ad Cæſarem ibis. Hinc etiam
l. Iulia, de vi publica tenebatur, qui Ciuem Romanum aduerſus
prouocationem verberaſſet, *L. lege Iulia*, 7. *ff. ad l. Iuliam de vi
publica*, de qua re, *ad caput* 2. circa principium dictum eſt. Por-
rò, nomine delegatorum comprehendo eos, quos nunc
Commiſſarios vocamus, qui cum quadam cognitionis po-
teſtate, ad aliquod negotium tractandum conſtituuntur, *l. fin.
ff. à quibus appellari non licet*, *lge. nona. arbitro. ff. Qui ſatisdare
&c.*

Hinc exſurgit illa quæſtio, † an à Commiſſario excedente 14
fines Commiſſionis, aut mādati opus ſit appellare, & quidem
Author præiudic. Cam. in verbo Commiſſarii, fol. 80. ibi *Commiſ-
ſarius ſi fines*, refert, Proceſſus denegatos, cum ſalua ſit exceptio
nullitatis, poſt publicatas atteſtationes, *&* *Compilator quæſt.*

con-

controuerſ. cap. 8. *num.* 18. *fol.* 254. Res tamen altius repetenda videtur, cum enim appellatio permiſſa ſit, niſi expreſſe prohibita reperiatur, vti ſupra dictum eſt, & Commiſſarij ſint delegati, à quibus eadem permittitur, videtur idem Ius, in perſona Commiſſariorum, ſtatuendum eſſe. Aut itaque quæritur, de Commiſſarijs deputatis ad examinandos Teſtes, ad perpetuam rei memoriam, hic poſthabita partis appellatione, Cõmiſſarium poſſe perficere examen teſtium, tradit *Rebuffus in Tract. de inquiſit. & Commiſſa.* ne interim probationes pereant, extracta in longum appellatione, quod ipſum nedum in cauſa criminali, ſed etiam ciuili, ne intercidant probationes, receptum, vt non obſtante appellatione, à Commiſſario ordinato, ad examinandos Teſtes, Examen Teſtium perfici poſſit, *eleganter Codex Fabrianus, lib.* 4. *tit.* 14. *definit.* 27. & hoc confirmatum receſſu viſitationis *Anno* 68 §. 2. Als auch ferner ꝛc. in Commiſſionibus, ad perpetuam rei memoriam, & cauſis litigioſæ poſſeſſionis, *Rulantus de Commiſſa. lib.* 5. *de Proceſſ. poſt traditio. cap.* 14. *num.* 3. vbi ait, Commiſſarios, ſi nomine interpoſitæ appellationis, Cameram Imp. conſulant, an poſt eam, in cauſa procedere poſſint, cum dedecore repulſam pati, his verbis, Wird ſich der Commiſſarius, vermög außgangener Commiſſion, vnd gemeiner Rechten/ oder Styli, dieſes Puncten halben/ wol wiſſen zu halten/ hoc eſt, Commiſſarius iuxta emanatam Commiſſionem, ius commune, & vſitatum ſtylum, regulare ſe ſciet, *Rulantus, lib.* 3. *de officio, vi & poteſtate,* hinc etiam *Viſitat.* Abſcheid/ *Anno* 1564. §. Es wird auch/ ꝛc. ſancitum, vt in puncto admiſſionis Commiſſariorum, propter probationis fauorem, celerrimè interloquatur, *Rulantus, de Commiſſ. lib.* 2. *in puncto Commiſſio. cap.* 20. *nu.* 4.

Negandum tamen non videtur, ſi aliquod præiudicium inferatur partibus à Commiſſario, appellationem non improbari, vt latius probat *Rulantus lib.* 5. *de Proceſſ. poſt tradition. cap.* 13. *per totum*, aut ſi tale grauamen inferatur, vt publicatis atteſtationibus remedio non ſit locus, maximè cum publicatio atte-

Digitized by Google

atteſtationum denegari poſſit, *Gail. lib.* 1. *obſ.* 103. *nu.* 5. ideoq́ue, pro ea obtinenda, conſultum erit, in libello narrare, Commiſſarium fines mandati exceſſiſſe, vel tenor Commiſſionis Iudici ad quem exhibeatur, vt conſtare poſſit, de exceſſu ſuæ commiſſionis.

Hinc deducitur, † ſi ad emiſſam à Commiſſario citationem, 15
pars ipſius perſonam, velut ſuſpectam recuſet, Commiſſarius autem examini non ſuperſedeat huiusq́ue rei nomine, appellatio interponatur, eam recipiendam eſſe *Mynſing. cent.* 3. *obſ.* 29 *Rulantus lib.* 1 *de Commiſſ. ad perpetuam rei memoriam. cap.* 16. *nu.* 8. *cum ſeq.* & ita proceſſus decretos refertur *Tom. Symph.* 4. *parte* 2. *ſupplicat.* 62. *fol.* 6. *&* *Tom.* 1. *par.* 2. *tit.* 9 *ſupplicat.* 23. *fol* 185. vbi appellatum non ſolum quod ratione familiaritatis & amicitiæ, Commiſſarius ſuſpectus fuerit, ſed etiam quod fines mandati exceſſerit &c. nam quem ratione amicitiæ recuſari poſſe, receptum eſt, *Canoniſtæ, in cap.* 25. *inſinuante, ext. de reſcriptis, Maranta, tit. de appellation. nu.* 27. *&* 43. Vnde *Plinius teſte Briſſonio, de formul. Rom. Imp. lib.* 5. *fol.* 369. refert, quem his verbis recuſatum fuiſſe, illum nolo, quia Cæſarem fortiter amat.

An autem Commiſſarius de hac exceptione recuſationis cognoſcere poſſit. Et quidem *Rulantus, lib.* 3. *de officio, vi &c. cap.* 14. *num.* 10. exiſtimat, Commiſſarium id poſſe, vti factum etiam eſſe colligitur, *ex d. ſupplicat.* 23. Conſultius tamen eſt, vt ſuperſedeat argumento eorum, quæ traduntur *ad l. apertiſſimi, C. de iudiciis, &* *Gail, lib.* 1. *obſ.* 34 *nu.* 12. maximè, ſi recuſationi hæc verba adijciantur, Mit der wolmeynenden Verwahrung/ da jhme/ als zu gebürlicher/ zuläſſiger defenſion/ etwas begegnen ſolle/ ers niemand/ dann jhme ſelbſt zuklagen ꝛc. *Rulantus dict. loco.* etſi his etiam nihil morantibus, in cauſa procedere velit, appellatio permittenda, *Mynſ. d. cent.* 3. *obſ.* 29 neq; hoc caſu ad arbitros, ſed ad dantem, ſeu conſtituentem Commiſſarios, recurritur, vel prouocatur, *Gail, d. obſ.* 33. *nu.* 7. *in fine*, vbi ita ſæpe in Camera factum refert &c.

Digitized by Google

16. Porrò, † ex ſtylo Cameræ, duplices ſunt Commiſſarij.

Primo, vigore ordinationis, ſecundum, priuilegium primæ inſtantiæ dati, *par. 2. Ordinat. Camer. Imp. tit. 6.* & hi vocantur Commiſſarij, vermög der Außträg ꝛc.

Alij ſunt ad inſtantiam partium, per meram delegationem, à Cæſare dati, qui vocantur Commiſſarij, von Hoff auß ꝛc.

A primis, prouocatur ad Cameram, *Ordinat. d. loco.*

A ſecundis, ad Imperatorē, *Gail, lib. 1. obſ.* 121. quod videtur iuri conſentaneum. nam à delegato ad delegantem appellandum, *l. Imperatores*, 21. §. 1. *idem, ff hoc tit. l. 1. ff. quis à quo &c. l. præcipimus*, 32. §. 3. *hac ſi, Cod de temporib appellat.* cum enim hic caſus in Ordinatione omiſſus ſit, relinquetur diſpoſitioni iuris communis, *Ordinat. Camer. Imper. part.* 3. *titul.* 54. Quamuis *Author præiudic. Cam. fol.* 32. ibi *à Commiſſariis &c. & Compilator quæſt. controu. cap* 8. §. 19. *fol.* 254. nunc ad Cam. Imp. nunc ad Cæſarem appellatum referant, *& Tom. 2 Symph. part.* 2. *voto.* 19. Inter vtramq; tamen opinionem, parum intereſſe dicit *Gail, d. obſ.* 121. *in fine*, cum Imperator plerumque cauſas appellationis vnà cum actis & actitatis, coràm Commiſſarija productis, ad Cam. Imp. remittat, ſi tamen Imperator ſtudio expediendæ litis, hac forma delegarit; vt non liceat ab eis prouocare. *l. 1. §. interdum. ff à quibus appellari non liceat, cap.* 1 *de Reſcriptis, capit.* 53. *paſtoralis, ext. hoc tit.* Appellans non audiretur, de huius autem clauſulæ, (*remota appellatione*) vi, & effectu, *vide cap ſuper eo is, ext. de offic. delegati, cap.* 9. *inter, ext. de re iudic. cap.* 41. *ſecundo requiris, cap. inquiſitionis* 71. *extr. hoc titul Canoniſtæ, in capit. paſtoralis, extr. hoc titul. Mynſingerus, cent.* 1. *obſer.* 3. inter quos hic præcipuus cenſetur, vt nulla recipiatur appellatio, niſi cauſa in ea expreſſa, *Benderus, de Reuiſionib. concluſ.* 36. *numer.* 13. vbi in hanc rem authoritates adducit.

17. Quod autem † dictum eſt; ſupra, ab omnibus Iudicibus, appellationem eſſe permiſſam, hoc ita intelligendum, modò gradatim fiat, & ad ſuperiorem, non ad æqualem, aut parem,

ſemper

Digitized by Google

ſemper enim gradatim,& ad Maiorem appellandum,nec minor poteſtas cōtra maiorē niti debet,ita vt minor cauſam appellationis accipiat, ad maiorem ſpectantem, quia hoc ſit de ſubſtantia appellationis, *gloſ. ſingularis, in c. 2. de conſuetudine, in 6.* adeò,vt nec ſtatuto hic ordo appellandi ſubuerti poſſit, nec etiam conſuetudo in contrarium ſubſiſtat,vt ad æqualem, aut inferiorem appelletur. *Panormitanus, Felinus, & alii, in rubrica de appellat*, cum ea tantæ authoritatis non ſit, vt actus deficientibus ſubſtantialibus valeat, Dixi gradatim, faciendam eſſe appellationem, *leg. 21. ff. hoc titul. Nouella, vigeſima tertia. §. illo videlicet*, 4. (quod ipſum ſignificatur in definit. ſupra *in capite primo. propoſita.*) ad ſuperiorem, inquam, proximiorem, videlicet eius immediatè, de cuius ſententia quiſpiam conqueritur, & prouocat. Nam reſcriptum eſt, appellationes, quę rectò ad Principem factę ſunt,ijs omiſſis,ad quos fieri debuerunt, ad eos remitti debere, *l. 21. Imperatores, ff. hoc titul.* tamen id antè rarò fuiſſe obſeruatum, paſſim recept s à quocunque Iudice ad Principem, recta factis appellationibuc,animaduertit *Cuiacius, lib. 21 obſ. cap. 33.* nos tamen hoc iure vtimur,vt gradatim facienda ſit appellatio, *d. l. 21. d. Nouella. 23. cap. dilectis, 66 ext. hoc tit. Ordinatio. Cam. Imp. parte 2. titul. 29. in princip. & ordinatio. Cam VVormaciæ conſtituta Anno 1495. fol.* 20. ibi, Von der Appellation ꝛc. *Mynſing. cent 1. obſ. 67. Gail, lib. 1. obſ. 119. nu. 2.*

Nec obſtat *cap referente, 7. ext. de præbendis*, quia id refertur tantum, cum vſu ita eueniſſet, vt loquitur *l. ſi pignore, 22. §. vlt, ff. de pignor. actione.* Oppoſita enim exceptione, *vt in d. c. 66.* aliud obtinuiſſet, quare, ſi nihil excipiatur, Proceſſus valeret, *cap ſi duobus, 7. ext. hoc tit. Canoniſtæ in d. cap. 66. dilecti. ext. eodem, Maranta hoc tit. de appellat. nu. 373. Mynſing. d. loco, in fine*, partes enim non contradicentes, cenſentur tacitè iuriſdictionem iudicis prorogare, exemplum *in Tomo 1. Symph. parte 2. tit. 17. voto 2. verſic. porro dato.*

Refert tamen † *Notator ad Ordin. Cam. Imp. fol.* 294. ſi gra 18

datim non ſit appellatum, neq; oppoſitum, appellationem non recipiendam, idq; præiudicio confirmat; quod maximè procedere videtur, reſpectu ſuperioris, cui inferretur præiudicium, ſi cauſa appellationis alibi tractetur.

Ex ſupradictis elicitur, à delegato ad delegantem eſſe appellandum, *l. Imperatores*, 21. §. 1. *ff hoc tit. l. dato*, 3. *ff Quis, à quo appelletur, l. præcipimus*, 32. §. *hæc ſi* 3. *C. hoc tit. Paulus, libro ſentent. cap.* 32.

Sed quid ſi delegatus ſubdelegauerit, an à ſententia ſubdelegati ad ſubdelegantem, an verò ad ſubdelegantis ſuperiorem, appellatio interponenda?

19 Pro exactiore † cognitione, huius quæſtionis, ſciendum eſt, ordinarium Iudicem habere facultatem mandandæ, iuriſdictionis, & alium Iudicem conſtituendi, ſecus autem iudicem datum, aut delegatum, *l.* 5. *à iudice, C. de iudiciis*, ratio redditur in textu, IBI cum ipſe iudiciario munere fungatur &c. id eſt, ſolum ei committitur, vt iudicet, vt notionem tantum, non vt Iuriſdictionem habeat, quæ eſt iudicis dandi licentia, *l.* 3. *Imperium, ff. de iurisdict.* niſi delegatus ſit à Principe, *d. l.* 5. à Iudice, qui Iudicem dare poteſt, hic autem iudex datus à delegato Principis, non poterit ſubdelegare, *cap* 27. *ſuper.* §. *ſi vero duo, ext. de offic. deleg.* & facta à tali iudice nullius momenti ſunt, *Tex. elegans in cap.* 62. *cum cauſam ext. hoc tit.* vbi Summus Pontifex, receptionem Teſtium, a ſubdelegatis ſubdelegatorum factam, improbat, quaſi ab incongruis Iudicibus non potuerint recipi, adeò, vt non ſit opus appellatione, *arg. l.* 1. *C. qui pro ſua iuriſdictione &c.*

Vt autem vno verbo rem expediam, intereſt inter notionem cauſæ commiſſam, ſeu iudicem datum, & eum cui mandata eſt iuriſdictio, ab illo (qui etiam ſpecialis Iudex, Pedaneus, arbiter, delegatus vocatur) appellatur ad eum, qui dedit, ab hoc qui mandatam iuriſdictionem habet, non appellatur, qui mandauit, ſed ad eum, ad quem prouocatum fuiſſet ſi ab eo ipſo qui mandauerat, fuiſſet appellatum, & hæc eſt ſententia

† *l.* 1.

Digitized by Google

† *l. 1. §. fin. ff. quis à quo &c.* qui de eo intelligendus, cui manda- 20
ta eſt iuriſdictio, *l. verò, 1. C. qui pro ſua iurisdictione &c.* de iudi-
ce dato, ſeu ſubdelegato, inter quos differentia conſtituenda,
videatur Duarenus, in tit. de iurisdict. & Moderni interpretes, ad d.
l. 5. C. de iudiciis, quæ cum incognita fuerit antiquis interpre-
tibus, vt Moderni ſentiunt, varij intellectus ab iiſdem *ad d. l. 1.*
excogitati fuerunt.

Ad ſuperiorem autem † propoſitam quæſtionem, à delega- 21
to Principis, qui ſubdelegauit, (id enim fieri poſſe, etiam ſi de
Commiſſario, ad examinandos Teſtes, quæſtio ſit, vt factum
vidi, licet multis diſputet *Rulantus, lib. 3. de officio, & vi &c.*
cap. 5.) quod attinet, ad quem erit appellandum? an ad prin-
cipem primum delegantem, an vero ad ipſius delegatum?

Et videtur dicendum, ad delegatum eſſe appellandum *l. v-*
nica, in verbis, Appellationem ad eos iure iudicia remeabunt.

Contrarium aſſerit *Vaconius à Vacuna lib. 6. declarat. 84. nu.*
9. ad Principem appellandum, cum enim ſubdelegatus nihil
proprium habeat, ſed delegantis iuriſdictione vtatur, *l. 1. §.*
qui mandatam, ff. de eo, cui mandata &c. & ſubdelegati ſententia
perinde habeatur, ac ſi à delegante prolata eſſet, abſurdum eſ-
ſet, ſi ad delegatum appellaretur, quaſi ipſe à ſeipſo prouoce-
tur, & *ad d. l. vnicam* reſpondet legendum eſſe, ad nos iure iu-
dicia remeabunt, non autem, ad eos.

Verum, † cum correctio textus ſolaque authoritate *Vaco-* 22
nij, nec vllius alterius Doctoris contineatur, & abſurdum ſit,
pro libitu nunc detrahere, nunc addere textui, communiter
diſtinguentibus † acquieſcendum eſſe videtur, referre, an to- 23
tum ſubdelegatum ſit, an verò pars, vt hic ad vltimum dele-
gantem, illic ad primum deuoluatur appellatio, *Angelus, Sa-*
licetus, Caſtrenſis, Gilken. in d. l. vnica, C. qui pro ſua iuriſdictione,
Maranta parte 4. diſtinct. 5. nu. 28. & part. 6. de appellat. nu. 386.
vbi refert, ita communi iudicio Interpretum receptum eſſe, vt
probatur *cap. ſuper 27. §. porrò, ext. de offic. delegati, cap. 10 ſi is*
cui cap. 14 ſi à ſubdelegato, eod. tit. in 6.

Et quamuis *Bartholus, in l.* 1. §. 1 *ff. quis à quo &c.* aliter diſtinguat eius tamen opinionem communiter reprobari, ait *Maranta d. loco.*

24 Nec aduerſatur † *d. l. vnica*, quia ſecundum communem, Dd. expoſitionem, de eo, qui certas cauſas delegat, exaudienda eſt, nec etiam ad rem facere videtur *l.* 2. *appellari. ff. quis à quo appelletur*, vbi à legato pro conſulis, ad Procõſulem appellatur, & non ad Principem, quamuis enim, Proconſul mãdare Iuriſdictionem ſuo Legato debeat *l. obſeruare* 4. §. 6 *poſthac. ff de offi. Proconſulis*, tamen merum & mixtum Imperium retinet, & ſi quid occurrat, quod maiorẽ animaduerſionẽ exigit, Proconſulem ſuum conſulere debet, *l. ſi quid erit*, 11. *ff. de offic. Proconſulis*, multò minus faceſſit negotium *l.* 19. *à proconſulibus, C. hoc tit.* cuius argumento, *Baldus*, ſuprà allegatam diſtinctionẽ ſubuertere conatur, eidem enim ſatisfacit *Gilken. in d. l. vnica, nu.* 10.

Quarè in tutò poſita videtur diſtinctio cõmunis Interpretum, pro cuius confirmatione accedat illa circumſcripta interpretum ſententia, ea quę Iure Ciuili dubia ſint, recipiant interpretationẽ ab indubitata Iuris Canon. diſpoſitione vbi tradũt *Canoniſtæ in cap.* 1. *de Conſtitutionib. cap.* 1. *de operis, Noui nnuciat.* deciſio autem Iuris Can. in aperto eſt, *d. cap. ſuper* 27. & idem Iure Ciuili deciſum videtur, *Nouella* 82. *de Iudicibus, & vt nullatenus &c. cap.* 4. *illo cuſtodiendo*, cuius capitis authoritate, videtur confirmari ſententia *Fachinei, lib.* 1. *cap.* 78. Iure Ciuili indiſtinctè ad delegantem appellandum, neque Legum expoſitionem diuinationi committendam, cum leges ab eodem allegatæ, generaliter conceptæ ſint.

25 Quæ hactenus † dicta ſunt, à delegato ad delegãtem prouocandum, hanc notabilem declarationẽ recipiunt, vt aliud probandum ſit, ſi delegatus ſeu Commiſſarius habeat ordinariam & non delegatam iuriſdictionem, hoc enim caſu non ad committentem, ſeu delegantem, ſed ad ſuperiorẽ appellatur, quando videlicet delegati ſunt perpetui, & ordinarij, vti præiudicijs confirmatur, ab *Authore præiud. Cam. fol.* 33. ibi, *an à Commiſſariis, Com-*

Digitized by Google

Compilatore, quæſt. controu cap. 8. §. 17 *fol.* 254. His reſpondet tradita *à Maranta, in ſuis ſingularibus, & iuris notabilibus fol.* 7. ibi *appellatio quando &c.* interpoſita appellatione à ſubſtituto eã non faciendam ad ſubſtituentem, ſed ad eum, ad quem fieret, ſi à principali fuiſſet iudicatum, quia ſubſtitutus dicatur habere ordinariam, & non delegatam iuriſdictionem.

Hactenus † occupati fuimus in enarratione iudicum, à quibus &c. & qua ratione appelletur; videlicet omiſſo medio, non eſſe appellandum. Supereſt, vt aliquot notabiles declarationes ſubijciamus. 26

Quarum prima cenſetur, de Iure Canonico aliud obtinere, *cap ſi duobus.* 7. *ex hoc tit. cap. antiqua,* 23. *ext. de Priuilegiis, Maranta, parte* 6. *de appellat. nu.* 269.

Secunda, ſi intermedius, iudex ſuſpectus ſit, *Mynſing cent.* 1. *obſ.* 67. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 119. *poſt nu.* 2. tunc enim iudices etiam ordinarij, propter cauſam ſuſpicionis, tàm in cauſis ſimplicis querelæ quàm appellationis, declinari poſſunt, *Rulant. de Commiſſa. par.* 3. *lib.* 8 *de Proceſſ. iudic. interrogat. cap.* 13. *poſt nu.* 20. vbi hoc aliquot præiudicijs confirmat, cauſa tamen ſuſpicionis legitimè deducenda eſt *l. apertiſſimi,* 16. *l. fin. C. de iudiciis, vbi communiter Dd. Rulantus, d. loco, poſt nu.* 20. *verſ. ſi deducta &c.* vbi ita in quadam cauſa notatum refert, videlicet, cauſam recuſationis libello recuſatorio exprimendam eſſe.

Et quamuis quidam exiſtiment, de Iure Ciuili, in ipſa recuſatione, cauſam exprimendam non eſſe, ſed ſufficere hanc formam traditam *à gloſ. in l. apertiſſimi, in libello, C. de iudiciis,* GVM res Periculoſa ſit, & triſtiſſimos euentus ſortiri ſoleat, iudicis ſuſpecti ſubire iudicium, ideo audientiam tuam, Domine Iudex recuſo, &c. mouentur ad ita pronunciandum authoritate *legis, qui poterat,* 4. *ff. ad S. C. Trebellian. & d. l. apertiſſimi, & d. l. vlt. C. de iudiciis,* quę inſinuant, licere litigatoribus, iudices recuſare, de cauſa, quod illa deſignanda ſit, nullam mentionem facientes, tamen contrariam ſententiam, vſu, qui optimus legum interpres eſt, confirmatam referunt *Mynſ. cent.* 3. *obſ.* 63. *nu.* 5. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 34. *nu.* 16.

Digitized by Google

Cæterum non deſunt, qui commemorent, in quibus regionibus, neutrum ius, ex conſuetudine confirmatum ſit, illam moderationem ſequendam eſſe, vt inditione Pontificia, Ius Canonicum, in terris Imperij, & foro ſeculari, Ius Ciuile, ſeruandum ſit, in quam rem inquirit *Petr. Gilken. in d. l. apertiſſimi, nu.* 17. *C. de iudiciis.*

Denique, in hac materia recuſationis animaduertendum, an Iudex Ordinarius habeatur pro ſuſpecto hic enim niſi alius ei adiunctus ſit, appellationem non attendi, obſeruatum refert *Rulantus, recitato loco*, quamuis quibusdam videatur, illius adiunctionis vſum, deſuetudine obliteratum eſſe, *Tom.* 5. *Symph. fol.*291. ibi *recuſatio iudicis &c.* videantur Interpretes ad *authentic. ſi vero contigerit, C. de iudiciis.* Probata itaque cauſa ſuſpicionis, medius Iudex omitti poterit, etiamſi ſemel in vna cauſa ſuſpectus fuerit, *Maranta, hoc tit. de Appella. nu.* 64. quod præiudicijs confirmat *Author præiud. Cam. in verbo appellatio in genere,* ibi *appellatur immediatè &c. fol.* 18.

27 Tertia declaratio eſt, † Vt ſi iudex intermedius ſententiam conceperit, eamq́; publicari mandauerit, iure eo omiſſo, ſuperior adiri poterit.

Huic licet declarationi *Hartmannus Hartmanni, tit. de appellat. obſ.* 5. repugnare videatur, nihilominus cum hic intermedius Iudex, concipiendo ſententiam ſe participem, & affinem cauſæ fecerit, perinde, quaſi ipſe cognouerit, habendus eſt, Ideoq́; ab hoc, ne ad eundem prouocetur, non appellandum, cum repugnet ſubſtantiæ appellationis, quod memoriæ commendandum erit, cum hodie pleruinque inferiores Iudices conſultent ſuperiorem, ſich bey dem Oberrichter Vrtheyls erholen / hoc caſu enim ad ſuperiorem horum Iudicum appellandum, *Tomo* 2. *Symph. par.* 2. *voto* 40. *nu.* 3. *Author præiudic. Camer. in verbo, exceptiones,* ibi *præiudicialis exceptio &c. fol.* 121. vbi refert, hoc in quadam cauſa conſideratum fuiſſe, quia vt dixi, eſſet appellare ab eodem, ad eundem, quod repugnat ſubſtantiæ appellationis.

Itaq;

Digitized by Google

Itaq; vt hæc dubitatio tollatur,ſciendum quod nec de conſuetudine contrarium introduci poſſit, ita *Textus notabilis in capit. 2. de conſuetudine in 6.* vbi Summus Pontifex improbat conſuetudinem receptam, qua ab officiali Epiſcopi ad eundem Epiſcopum appellabatur,quod extenditur ad omnes officiales. Præfectos, & Præſides Principum, *Canoniſtæ, inprimis Francus, in cap. Romana, de appellat. in 6* cum Principis,& Conſiliariorum idem ſit iudicium, *Tom. 2. Symph. part. 2. voto 22. nu. 68. cum ſeq. fol. 74. & voto 40. nu. 5. cum ſeq.* 28

Quartò declaratur. vt omiſſo medio ad ſuperiorem appellari poſſit, ſi intermedius ſit incertus, vt ſi quis contendat,bona, de quibus mota controuerſia, ſita eſſe,ſub hoc Principe,alter ſub illo, tunc ſuperior omnium adiri poterit, ita iudicatum refert, *Author Præiudic. Cam. in verbo, appellare quibus, à quibus perſonis &c.* ibi *quando duo priuati &c. fol. 33. & facit Ordinatio Cam. Imp. par. 2. tit. 21. §.* Wo auch &c.

Quinto limitatur, procedere niſi iudex inferior cauſam ad ſuperiorem remittat, *Rulantus parte 3. lib. 8. de Proceſſ. iudic. interrog. cap. 13. poſt nu. 20. verſ. ſi ſic an cauſam*, vbi id ſæpius factum refert *Ordinatio Camer. Imper. parte ſecunda. titul. 29. in princip. Mynſingerus, centur. 1. obſeru. 67. Gail, lib. 1. obſer. 119. nu. 2.*

Sextò, non procedit, in cauſa feudali, in qua medius iudex non attenditur, *Mynſing. cent. 5. obſ. 5. & 90. nu. 3.* vbi ita iudicatum refert, cum adducto ibidem temperamento.

Verum, cum hæc declaratio in dubium vocetur, eo eo, quod etiam in cauſa feudali, ius commune, quoad interpoſitionem appellationis,ſeruandam ſit,& eam non contemnendæ authoritatis authores impugnent, vt videre eſt apud *Rulantum, parte 3. lib. 8. de proceſſ. interrog. cap. 13. poſt nu. 20. verſic. ſi de his non conſtet &c.* maturiori iudicio diſcutiendam relinquimus.

Septimò, quidam conſtituunt, ſtudioſos hoc ius priuilegij ſibi polliceri poſſe, vt omiſſo medio ad Imperatorem prouocare

Digitized by Google

care poſſint, *Maranta,part.6. hoc tit. num.* 372. idq; authoritate *authen. habita, C. Ne filius pro patre &c.*in verbis *ſpeciali dilectione illos &c.* Vide eleganter de hac re differentem *Petrum Gilken. in d. authent. habita, nu.* 52.

29 Denique, † ſi conſuetudine receptum ſit, vt omiſſo medio ad ſuperiorem appelletur, *Mynſingerus, cent.* 1. *obſ.*67. *in fine.*& quotiescunque intermedius Iudex incapax, inhabilis, vt ſi dicatur, Er ſey der Sachen verwandt ꝛc. eo omiſſo, rectè ad ſuperiorem appellatur, *Ordinatio Camer. Imper. parte* 2. *titul.* 29. *in princip. Maranta, hoc tit part.* 6. *numer.* 375. *Notator ad Camer. Imper fol.* 197. Vbi hoc præiudicio confirmat, *tom.* 4. *Symph. parte* 1. *voto,* 21. *nu.* 24. quod conſiderari poteſt ratione negotij, priuilegij, vel perſonæ, vt prouocandum ſit ad maiorem, omiſſo medio, *Gregorius Tholoſanus, lib.*50. *Syntag iuris, cap.* 2. *num.* 34. vbi id exemplis declarat, quò referri poteſt, ſi agatur ſuper Imperialibus Priuilegijs, tunc enim omiſſo medio Iudice, Camera Imperialis Iudex competens eſt, *Author præiudic. Camer.fol.*172. ibi *ſuper &c.* & adduci poterit argumentum *capit. cum veniſſent,* 12. *ext. de iudicijs.*

30 Ex ſuperiorib. reſultat non inelegãs quæſtio, † ſi quis in appellatione errauerit, vt cum alium appellare deberet, alium appellauerit, an cauſa remittenda ſit, ad priorem Iudicem, an verò ad primum tanquam deſerta, executioni mandanda.

Mouet dubitationem, quod decem dies currant, de momento ad momentum, à tempore ſcientiæ, adeò, vt nulliter aut non rectè inſtituta appellatione, huiuſmodi error poſt decendium corrigi non poſſit, *Mynſingerus, centur.* 3. *obſer.* 15. *in fine, VVeſenbecius, in paratit. Quando appellandum, numer.* 3. *circa medium.*

Reſolutio huius quæſtionis petenda ex *l.* 1. §. 3 *ſi quis, ff. de appellat.* vt ſi quis parem vel maiorem appellauerit, alium tamen pro alio, in ea cauſa ſit, vt ei error non noceat, ſi minorem, noceat. & ita multis conſtitutionibus id contineri, & errori ſubuentum eſſe, reſcripto, *cuius verba hæc ſunt d.* §. declara-

tur.

tur. CVM per errorem factum dicis, vti à iudice, quem ex reſcripto noſtro, ab ampliſſimis Conſulibus acceperas, ad Iunium ruſticum, amicum noſtrum, Præfectum Vrbi prouocares, Cõſules ampliſſimi perinde cognoſcant, atq; ſi ad ipſos facta eſſet Prouocatio &c. Quibus iunge *l. Imperatores*, 21 §. 1. *idem reſcripſerunt*, *l.* 5. *ei cuius*, §. *planè*, *cum* §. *ſeq. ff. de appellat. recip.* & ſic iudicatum refert *Author præiudic. Camer. fol.* 31 ibi *ſi appellatur &c. & Compilator quæſt. controu. cap* 8 *q.* 4. *fol.* 256. *tom.* 1. *Symph. part.* 2 *tit.* 17. *fol.* 323. *voto* 1. Quod ita intelligẽdum, non vt intercidat appellatio, ſed ad medium ſuperiorem remittẽda veniat, niſi appellans, data opera, medium ſuperiorẽ prætergrediatur, & ipſum tanquam Iudicẽ appellationis recognoſcere noluerit, ſi itaq; medius Iudex, pro intereſſe ſuę iuriſdictionis ſe opponat, & definiatur, ad illum appellandum fuiſſe, intercidit appellatio, vt exemplo illuſtrat *Græuæus, ad Gail, concluſ.* 115. *num.* 5. cum ratio *d. l.* 1. §. 3 *ff. hoc titul.* ceſſare videatur, alias, ſi alium pro alio quis adeat, nihil oberit, ſed pro eo habebitur, atque ſi is aditus ſit, qui adiri debuit, *leg.* 5. *ei cuius*, §. *planè*, 3. *ff. de appellat. recipien. vel non*, modò non minorem appellauerit, nam niſi intrà decendium iterum appelletur ad competentem Iudicem, nihil ei hic error proderit, *d. l.* 5. §. *planè* 4. *cum* §. *ſeq. ff. de appellat. recipien. vel non*, *Francus, in cap. dilecti de appellat.* Tamen ex iuſta cauſa probabiliter ignoranti, ad quem appellandum. & ob id ad alium iudicem, quàm deberet, prouocauerit, de curſis fatalibus beneficio reſtitutionis in integrum, ſubueniendum, exemplo, & deciſione confirmat *Bolanus de in integ. reſtitut. cap.* 384.

Quare conſultius eſt, ne quis decipiatur, vt dicat, appello ad talem iudicem, aut ad quemcunq; alium competentem, ita .n. appellando ſuſtineri hanc alternatiuam appellationem præiudicio confirmat *Author præiud. Cam. fol.* 18. ibi *appellatur &c.* quod cum hoc temperamento intelligẽdum, modò intra decendium certioretur, aut declaretur, quis ſit iudex appellatus, *Angelus, & Dd. ad l.* 1. *ff. hoc tit. Nicolaus Vigelius, in methodo iuris*

Digitized by Google

controuerſi, lib. 2. cap. 16. regula 9. fol. 569. Sodrez receptarum ſent. lit. A. nu. 202. Si autem ſimpliciter appellatum, non expreſſo iudice, intelligitur ad ſuperiorem competentem prouocatum, ex *Authore præiudic. Cam. fol.* 31. ibi *ſi ſimpliciter &c.* vbi ita in Cam. Imp. receptum refert.

Pro coronide hic inquirendum, cum Officiales, in quibuſdam locis, in ſecularibus & rebus prophanis cognoſcant, ab eorum ſententia, an ad ſummum Pontificem, an verò Cam. Imp. quæ Imperatorem repræſentat appellandum.

31 Omiſſa longiore diſputatione, † ſtatuendum ad hanc prouocandum, imo, tradit *Gregorius Tholoſanus, libr.* 50. *Syntag. cap.* 2. *nu.* 3. *& lib partit. Iuris Canonici,* 5. *tit.* 17. *cap.* 23. *lit. M.* in Gallia receptum eſſe, vt prouocari poſſit ab Eccleſiaſticis, ad Curias Supremas Parlamentorũ, tanquam ab abuſu, quando derogant Conſtitutionibus Regijs, & aduerſus Laicorum Priuilegia quidquam ſtatuunt. *& Menochius remed.* 3. *retinendæ poſſeſſ nu.* 355. textib. & authorit. comprobat, iudicem laicum ſuperiorem adiri poſſe, oppreſſos violentia Iudicum Eccleſiaſticorum. Hinc etiam videmus, receptam fuiſſe appellationẽ, ab officialis eccleſiaſtici ſententia, ad Cam. Imp. ratione religionis &c. *Tom.* 2. *Symph. part.* 3. *tit.* 4. ibi, *mandatum inhibitoriale &c fol.* 98.

Quod autem ad præſentem materiam attinet, cum Principes Eccleſiaſtici Regalia ab Imparatore cognoſcant, meritò ab ijs, & eorum Officialibus, ad Cam. Imper. quæ Imperatorem repræſentat, appellandum, *Gail, lib.* 1. *obſ.* 30. *num.* 2 *cum ſeq.* Et hanc opinionem aliquot præiudicijs confirmat, *Compilator. quæſt. controu. cap.* 3. §. 11. *& cap* 8 §. 15 *& Author præiudic. Cam. fol.* 172. *ibi Cameræ &c. & fol* 32. ibi *ſæpe fit,* vbi etiam reijcitur conſuetudo, tanquam vergens, aut tendens in præiudicium Imperij, ſi aliter obſeruaretur, videatur in hanc rem elegans Mandatum Inhibitorium & Caſſatorium, cum citatione inchoati Proceſſus, *Tom.* 1. *Symph. part.* 2. *tit.* 3. *fol.* 25.

Quibus accedat, cum iudex Laicus committit cauſam, Epiſcopo,

Digitized by Google

ſcopo, ad huius ſententia non appellatur, ad Summum. Pontificem, ſed ad ipſum iudicem delegantem Laicum, cum ciuile negotium ſit, *Text. in authen. ſi qui litigant. ibidem Dd. C. de Epiſcopali audientia.*

Ex his reſultat celebris † & magna interpretum contentione exagitata quæſtio. An à ſententia Eccleſiaſtici, in cauſa ſeculari lata, in cauſa appellationis, ſuperior Laicus adiri poſſit. 32

Dubitationem mouet Reſcriptam *Conſtantini* quod recenſet *Cæſar Baronius tom. 3. Annalium Eccleſiaſticorum, Anno* 314. *num.* 38. in verbis. Omnes itaque cauſæ, quæ vel Prætorio iure vel Ciuili tractantur, Epiſcoporum ſententijs terminatæ perpetuò ſtabilitatis iure firmentur, nec liceat vlterius retractare negotium, quod Epiſcoporum ſententia decideret *l. 1. Cod. Theod. de Epiſcopali iudicio.*

Inde videtur, cum partes iudicis Eccleſiaſtici iurisdictionem prorogarint, ad proximè ſuperiorem appellandum. per ea, quæ ſupra dicta ſunt.

In contrarium pugnat *Myndanus, libr. 1. de Proceſſ. capit.* 11. cum prorogatio partium in præiudicium Iudicis Laici Superioris ſubſiſtere non videatur, *cap. cum tempore,* 5 *ext. de arbitris,* ibidem *Canoniſtæ, communiter Dd. in l. ſi quis in conſcribendo, Cod. de pactis,* videatur *Tylmannus de Benignis, cent. 2. obſ. 2.* vbi tractat, an à iudice eccleſiaſtico, ad Cameram Imperialem appellari poſſit, Illud tamen generaliter ſciendum, in cauſis, ex ſua natura, in prima inſtantia ad forum ciuile pertinentibus, à Iudice Eccleſiaſtico ad ſecularem, ſecundum quorundam opinionem; appellari; vt ſunt cauſæ feudales, & actiones reales, de quibus *Mynſingerus, cent. 4. obſ. 95. Gail, lib. 1. obſ.* 37. quod maximè procedit, ſi Clerici iudicent, vigore, aut ratione ſecularis iurisdictionis, quàm à Principe ſeculari cognoſcunt, tunc omnino appellandum ad ſuperiorem Laicum, quia clerici, quoad temporalia, & ſecularia, ſequuntur iudicia temporalia; quod declarat pluribus caſibus *Papa Arreſtorum lib. 1. tit.* 5. Et eccleſia iuriſdictione ſeculario prædicta, non aliter, quàm

vt dominus temporalis conſideranda, eiusq; appellatione venit, *Gail, lib.* 1 *obſ* 30. *nu* 4 *cum ſeq. & obſ.* 37 *in fine, & lib.* 1. *de Pace publica, cap* 8 *nu* 8 *cum ſeq.*

33 Cæterum † diſceptationis eſt, quid iuris ſit in cauſa poſſeſſoria, an ea mixti fori ſit, ideoq; præuentioni locus, an verò cognitio poſſeſſorij ſolum ſpectet ad iudicem laicum.

Argumenta & Authores, quibus vtraq; opinio defenditur, vide *apud Fachineum, lib* 8 *cap.* 15. *Menoch. remed.* 15. *recuperandæ poſſ. nu.* 203 *cum ſeq. & remed.* 3. *retinendæ, nu.* 323.

Sanè opinio exiſtimantium mixti fori eſſe, cauſam poſſeſſoriam, recepta videtur, ex eo, quod refert *Tilman. de Benignis, tit. conſtit. Cam. Paralipomena*, ibi *an clericus volens &c fol.* 45. Laici appellationem non fuiſſe receptam, à ſentẽtia iudicis eccleſiaſtici, qua ſe competẽtem pronunciauit, in cauſa poſſeſſoria, ſumpto fundamento ex eo, laicum, in ea, priuatiuè non eſſe competentẽ, quamuis ſtricta ratione diſputãdi, defendi poſſet, cognitionem de poſſeſſione non pertinere ad clericos, ſed ad Principem, vel ad Iudicem, à Principe cõſtitutum, quia poſſeſſio ſit res temporalis, res ſecularis, *Mynſing. cent*, 2. *obſ* 67. *nu.* 4. *Gail, lib.* 1 *obſ.* 38. *nu.* 3. *&* 37. *num.* 5. *Codex Fabrianus, lib.* 3. *tit* 1. *definit.* 38. *nu.* 8. maximè verò ſi Clericus ſit actor, vnde regula communis obtinebit, *cap ſi Clericus,* 5 *ext. de foro competenti, cap. fin. ext. de iudiciis, cap cauſam* 17 *ext. Qui filij ſint legitimi*, vbiq; *Cuiacius*, nam cum quilibet inter iuriſdictionis ſuæ fines conſiſtere debeat, *cap. nouit. ext. de iud.* & abſurdum ſit, promiſcuis actibus rerum turbari officia, imò opprobrium, Clericis, ſe oſtendere peritos diſceptationum forenſium, vt ait *l. repetita*, 41. *C. de Epiſcopis & Clericis, l.* 23. conſulta diualia, iure Clericis Princeps ſecularis derogare poteſt, quæ ſunt iuriſdictionis ſecularis, & quoad materiam poſſeſſoriam attinet, apertè cauetur, *d. cap.* 7. *cauſam, in hæc verba,* Nos attendentes, quod ad Regem pertinet, non ad Eccleſiam, de talibus poſſeſſionibus iudicare &c.

34 Et † ita *Cuiacius, ibidem*, vſu longæuo receptum eſſe, ne in Fran-

Digitized by Google

Francia Eccleſiaſtici, de poſſeſſione iudicarent, ſimiliter *& Codex Fabr. refert, lib. 7. tit.* 28. *definit.* 5. apud illos, ſuper poſſeſſorio, ſolum iudicem Laicum cognoſcere, & iuſtam eſſe cauſam appellationis ab abuſu, ſi cauſa poſſeſſionis nondum expedita, aut definita, per ſententiam reuocetur ad eccleſiaſticum, *d. tit.* 28. *definit.* 7. ſed & mihi traditum eſt, ad Serereniſſimam Domum Auſtriacā, &c. ſolùm cognitionem de poſſeſſione pertinere, eoq; iure nos vti.

Quæſtio itaq; de poſſeſſorio, ad Iudicem ſecularē pertinet, ad eundemque appellari poterit, videatur *Mynſingerus, cent.* 2. *obſ.* 67. *cent.* 5. *obſ.* 10. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 38 *num.* 4. *circa finem, Tomo* 1. *Symph. par.* 1. *tit.* 3. *voto* 8. *fol.* 271. *Author præiudic. in verbo, Poſſeſſio fol.* 269. vbi refert, in Cam. Imp. cauſam retentam fuiſſe, ſi quæſtio ſit de poſſeſſorio.

Dixi † *in cauſis ciuilibus*, ab Eccleſiaſticis, ſeu officialibus, ad iudicem Superiorem Laicum appellari poſſe: nam in rebus Eccleſiaſticis aliud eſt, prout olim obſeruatum, cum enim *Melchiades Papa*, *in conſilio* 19. Epiſcoporum, in cauſa cuiuſdam Epiſcopi, contra *Donatum hæreticum*, ſententiā tuliſſet, ab hacque *Donatiſtæ* ad *Conſt. Imp.* appellaſſent, illam grauibus verbis reiecit. 35

Impudenſq; nimis illi viſum, ſi non iudicio non acquieſcere, & more ſæcularium hominum eos ad ſecularem iudicem prouocaſſe, ad eamq; appellationē. *Conſtant. Imp.* ſic reſpōdit: O Rabida furoris audacia, ſicuti in cauſis Gentilium fieri ſolet, appellationem interpoſuerunt, vti refert *Baron. tom.* 3 *Anno* 313. *nu* 30. *in fin. &* 33. *& eod. tom.* 3. *Anno* 314. *nu* 36. *in fin.* De hac autem Appellatione Donatiſtarum videatur *eodem tomo* 3. *Anno* 314. *nu.* 19. 31. 35. 36. *& Petr. de Ribadeneyra lib.* 10. *de Virtutibus Principis Chriſtiani cap.* 19. *cum duobus ſequent.* Hinc etiam *Valentinianus Imp.* quēdam Epiſcopū condemnatum in Synodo, appellantem ad ſæculare tribunal pœna pecuniaria mulctauit *in hæc verba.* Quoniā Chronop. ex Antiſtite idē fuit in tuo, qui

fuerat

vt dominus temporalis conſideranda, eiusq́; appellatione venit, *Gail, lib.* 1 *obſ* 30. *nu* 4 *cum ſeq. & obſ.* 37 *in fine, & lib.* 1. *de Pace publica, cap* 8 *nu* 8 *cum ſeq.*

33 Cæterum † diſceptationis eſt, quid iuris ſit in cauſa poſſeſſoria, an ea mixti fori ſit, ideoq́; præuentioni locus, an verò cognitio poſſeſſorij ſolum ſpectet ad iudicem laicum.

Argumenta & Authores, quibus vtraq́; opinio defenditur, vide *apud Fachineum, lib* 8 *cap.* 15. *Menoch. remed.* 15 *recuperandæ poſſ. nu.* 203 *cum ſeq. & remed.* 3. *retinendæ, nu.* 323.

Sanè opinio exiſtimantium mixti fori eſſe, cauſam poſſeſſoriam, recepta videtur, ex eo, quod refert *Tilman. de Benignis, tit. conſtit. Cam. Paralipomena*, ibi *an clericus volens &c fol.* 45. Laici appellationem non fuiſſe receptam, à ſentẽtia iudicis eccleſiaſtici, qua ſe com petẽtem pronunciauit, in cauſa poſſeſſoria, ſumpto fundamento ex eo, laicum, in ea, priuatiuè non eſſe competentẽ, quamuis ſtricta ratione diſputãdi, defendi poſſet, cognitionem de poſſeſſione non pertinere ad clericos, ſed ad Principem, vel ad Iudicem, à Principe cõſtitutum, quia poſſeſſio ſit res temporalis, res ſecularis, *Mynſing. cent*, 2. *obſ* 67. *nu.* 4. *Gail, lib.* 1 *obſ.* 38. *nu.* 3. *&* 37. *num.* 5. *Codex Fabrianus lib.* 3. *tit.* 1. *definit.* 38. *nu.* 8. maximè verò ſi Clericus ſit actor, vnde regula communis obtinebit, *cap ſi Clericus,* 5. *ext. de foro competenti, cap. fin. ext. de iudiciis, cap cauſam* 17 *ext. Qui filij ſint legitimi*, vbiq́; *Cuiacius*, nam cum quilibet inter iuriſdictionis ſuæ fines conſiſtere debeat, *cap. nouit. ext. de iud.* & abſurdum ſit, promiſcuis actibus rerum turbari officia, imò opprobrium, Clericis, ſe oſtendere peritos diſceptationum forenſium, vt ait *l. repetita*, 41. *C. de Epiſcopis & Clericis, l.* 23. conſulta diualia, iure Clericis Princeps ſecularis derogare poteſt, quæ ſunt iuriſdictionis ſecularis, & quoad materiam poſſeſſoriam attinet, apertè cauetur, *d. cap.* 7. *cauſam, in hæc verba,* Nos attendentes, quod ad Regem pertinet, non ad Eccleſiam, de talibus poſſeſſionibus iudicare &c.

34 Et † ita *Cuiacius, ibidem*, vſu longæuo receptum eſſe, ne in Fran-

Digitized by Google

Francia Eccleſiaſtici, de poſſeſſione iudicarent, ſimiliter *& Codex Fabr. refert, lib. 7. tit. 28. definit.* 5. apud illos, ſuper poſſeſſorio, ſolum iudicem Laicum cognoſcere, & iuſtam eſſe cauſam appellationis ab abuſu, ſi cauſa poſſeſſionis nondum expedita, aut definita, per ſententiam reuocetur ad eccleſiaſticum, *d. tit. 28. definit. 7.* ſed & mihi traditum eſt, ad Serereniſſimam Domum Auſtriacã, &c. ſolùm cognitionem de poſſeſſione pertinere, eoq; iure nos vti.

Quæſtio itaq; de poſſeſſorio, ad Iudicem ſecularẽ pertinet, ad eundemque appellari poterit, videatur *Mynſingerus, cent. 2. obſ. 67. cent. 5. obſ. 10. Gail, lib. 1. obſ. 38 num. 4. circa finem, Tomo 1. Symph. par. 1. tit. 3. voto 8. fol. 271. Author præiudic. in verbo, Poſſeſſio fol. 269.* vbi refert, in Cam. Imp. cauſam retentam fuiſſe, ſi quæſtio ſit de poſſeſſorio.

Dixi † *in cauſis ciuilibus*, ab Eccleſiaſticis, ſeu officialibus, ad iudicem Superiorem Laicum appellari poſſe: nam in rebus Eccleſiaſticis aliud eſt, prout olim obſeruatum, cum enim *Melchiades Papa, in conſilio* 19. Epiſcoporum, in cauſa cuiuſdam Epiſcopi, contra *Donatum hæreticum*, ſententiã tuliſſet, ab hacque *Donatiſtæ* ad *Conſt. Imp.* appellaſſent, illam grauibus verbis reiecit. 35

Impudensq; nimis illi viſum, ſi non iudicio non acquieſcere, & more ſæcularium hominum eos ad ſecularem iudicem prouocaſſe, ad eamq; appellationẽ. *Conſtant. Imp.* ſic reſpõdit: O Rabida furoris audacia, ſicuti in cauſis Gentilium fieri ſolet, appellationem interpoſuerunt, vti refert *Baron. tom. 3. Anno 313. nu 30. in fin. & 33. & eod. tom. 3. Anno 314. nu. 36. in fin.* De hac autem Appellatione Donatiſtarum videatur *eodem tomo 3. Anno 314. nu. 19. 31. 35. 36. & Petr. de Ribadeneyra lib. 10. de Virtutibus Principis Chriſtiani cap. 19. cum duobus ſequent.* Hinc etiam *Valentinianus Imp.* quẽdam Epiſcopũ condemnatum in Synodo, appellantem ad ſæculare tribunal pœna pecuniaria mulctauit *in hæc verba.* Quoniã Chronop. ex Antiſtite idẽ fuit in tuo, qui fuerat

Digitized by Google

fuerat in ſeptuaginta Epiſcoporum ante iudicio, & eam ſententiam prouocatione ſuſpendit, à quo non oportuit prouocare. Argentariam mulctam quam huiuſmodi facto, ſanctio generalis imponit, cogatur expendere. *l. 20. l. 11. Cod. Theodoſ. quorum Appellatio. Baronius Tomo* 4. *Anno* 369. *num.* 40. Vbi Sanctionem generalem, de qua mentio facta, illam eſſe putat, qua vetitum erat, ne Clerici coram ſæcularibus iudicibus cauſam dicerent, in quam rem citat elegantem Epiſtolam *Ambroſij ad Valentinianum Iuniorem &c. & eodem tomo* 4 *Anno* 385. *nu.* 31. Reſcriptum Imperatoris Theodoſij, de Eccleſiaſtico Iure illibatè ſeruando. Nam in cauſis Eccleſiaſticis ad Apoſtolicam Sedem appellari debere eleganter probat *Baronius tomo* 3. *Anno* 325. *nu.* 159. *& tomo* 4. *Anno* 381. *num.* 90. *tomo* 6. *Anno* 493. *num.* 14. verſiculo *Ipſi ſunt canones, qui appellationes totius Eccleſiæ ad huius Sedis examen voluère deferri &c. Et eodem tomo* 6. *Annal.* 449. *nu.* 114. *&* 115. vbi refertur Epiſtola Theodoreti Epiſcopi depoſiti, à Pſeudoſynodo Epheſina appellantis ad Summum Pontificem, quem vnum ſciret eſſe reliquum legitimum Iudicem, qui perperam à Synodo facta reſcindere poſſet, ad quemque paſſi iniuriam vel à ſuis Epiſcopis, aut à Comprouincialibus ſiue Oecumenicis Concilijs, omnes cōfugiant *vt ait Baronius dict. loco. n.* 114. *&* 122. *in fine, & tomo* 5. *Anno* 419. *nu.* 61. *cum ſeq.* Probat. appellandi ius ad Sedem Apoſtolicam non eſſe recens inſtitutum, ſed ſimul cum ipſa Eccleſia Romana connatum. & paſſim alibi.

Nunc diſpiciamus, à quibus appellari prohibitum ſit.

36 Et primo † non appellatur à Principe, ſtultum eſt, inquit *Textus*, hoc admonere, *l.* 1. §. 1. *ff. à quibus appellare non licet*, & interpoſita ab eodem appallatione commouebatur, vnde cum Anus quædam, Præſidente Philippo, cauſam diceret, ipſumque ad proponenda ſomniculoſum animaduerteret, rogabatur, vt ſibi liceret prouocare, interrogabat, ad quemnam? Ab Imperatore itaq; non prouocatur, quod intelligitur procedere in omnibus non recognoſcentibus ſuperiorem, vt in Rege Hiſpaniarum.

Et

Et quamuis *Maranta, hoc tit. de appellat. num. 276.* authorit. *gloſſ. in cap. ex tranſmiſſa, de foro competente*, Et alij ſtatnunt, ad Summum Pontificem appellandum, tamen alio iure nos vti, refert *Compilator quæſt. controu. cap. 8 q. 1. fol. 256.*

Porrò, † ſunt, qui referunt, ab Imperatore malè informato, ad melius informandum, prouocari poſſe, *argumento legis 1. §. quæſitum, 1. ff. hoc tit l. 1. C de relationibus.* Itemque obtinere in Summo Pontifice, *tradit Gregorius Tholoſanus, Tractat. Partit. Iuris Canon. lib 5. tit. 15. cap. 3. lit F. per Text. in cap 6. ſententiam, 35 q. 6 & Canoniſt. in cap. tum ex literis, ext. de reſtitut. in integ* Exemplum, in vita Philippi Regis Macedonum, apud Plutarchum, qui cum Machætam conuentum in quandam ſummam immerenter condemnaſſet, appello, inquit, Machætas, Philippus aliquantulum commotus, cum inauditum eſſet, à Principe appellare, ad quem appellas? ad te inquit, rogans, vt merita cauſæ exactius diſcutias, quo facto, cum vidiſſet, Machetam non iure damnatum, maluit tamen de ſuo pecuniam inferre, quam ſententiam retractare. 37

Cum autem quod de Principe malè informato ad melius informandum, diximus, à quibuſdam improbetur, Pro conciliatione † ſic ſtatuendum puto, ſi ad aliorum relationem Princeps pronunciauerit, querelantem omnino audiendum. 38

Pro exactiore ergo huius cognitione ſciendum, Iudices cauſas dubias tàm ciuiles, quàm criminales, ad Principem retuliſſe, eumque ad eorum conſultationes, & relationes reſcripſiſſe, quod Plinius in ſuis ad Traianum literis ſignificat. IDEOQVE dilata cognitione, ad conſulendum te, decurri, viſa eſt enim mihi digna res conſultatione, *item*, quibus ex cauſis integram cognitionem differendam exiſtimaui, vt te Domine conſulerem, quid ſequendum putares *item*, ſummas Domine gratias ago, quod inter maximas occupationes, ijs, de quibus te conſuli, me quoque regere dignatus es. Sic Euodius præfectus prætorio, cauſam Priſcilliani Hæreſiarchæ gemino iudicio auditi, & condemnati, ad Principem retulit, quid

ſtatuendum putaret, de qua re *Baronius tom. 4. Annalium eccleſ. anno 385. nu. 21. cum ſeq. &c.* plura *Briſſon. de Formul. Rom. Imp. lib. 3, fol. mihi, 306. & 307.*

Eadem ratione, Præſides, quoties aliquem in inſulam deportandum putabant, ad notabāt ſcribēdum Principi, vt miſſa plena opinione, Princeps æſtimaret, an ſequenda ſit eorum ſententia, *l. inter 6. §. 1. deportanti autem, ff. de interdictis &c. l. 6. ſi quis filio, §. eius, 7. ff. de iniuſto, rupto &c. l. 1. §. 3. deportatos. ff. de legatis, 3. l. 1. ff. quando appellandū, Plinius d. loco,* PER quod effectum eſt, vt te conſulerem, an reddendum eum ſuæ pœnę, an grauius aliquid, & quid potiſſimum conſtituendum putares, *item,* ſupplicium diſtuli, vt te conſulerem de modo pœnæ &c.

39 His ita præmiſſis, † ſi ad eorum relationem pronunciauerit Princeps, nemini via prouocandi intercludenda eſt, *l. 1. ff. quando appellandum,* quid enim ſi mendacijs apud Principem onerauerit eum, quem deportandum laborabat, rectè dicitur, humanitate ſuggerente, prouocationi locum eſſe.

Conſtantinus autem, *in l. 1. & l. 8. C. Theodoſiano, de appell.* & Valentinianus, *Cod. de relation. in l. 2.* conſultationis exemplum litigatori edi iubent, vt ſi fortè relatio minus plena, vel contraria videatur, refutatorias preces, apud Acta referat, & omnia, cum refutatorijs litigantis, ad Principem referantur, quod ſignificat *Symmachus*, relationi geſtæ ſubtexui, partium quoq; ſupplementa ſociaui, *latè Briſſonius, d. lib. 3. fol. 307. & 308.* Quare, ſi cum Principi ſcriberetur, exemplum literarum litigatori editum ſit, neq; is appellauerit, & poſtea contra eum reſcriptum ſit, non poterit appellare, quaſi ea, quæ ſcripta ſunt, vera conſenſiſſe videatur, *l. illud, final. ff. quando appellandum, iuncta l. 1. §. 2. ff. hoc tit.* & hoc eſt, quod dicitur in *l. 2. C. de relation.* CVM vel allegationibus repelluntur, vel probantur aſſenſu.

40 Ex his † rectè ponderatis, conſtabit intellectus ad totum tit. *C. de relation. & l. eos, 6. §. 3. ſuper his, C. hoc titul.* Sin autem edi-

Digitized by Google

editum exemplum non ſit, à reſcripto appellatur, in quam rem extat reſcriptum, *in hæc verba*, Si ſcripſerit quiſquam ad nos, & illi aliquid reſcripſerimus, volenti ad ſententiam noſtram prouocare permiſſum erit, ſi enim docuerit, vel falsò, vel ſe non ita habere, quæ ſcripta ſunt, nihil à nobis videbitur iudicatum, priuſquam contra ſcriptum fuerit, quemadmodum aliter res ſe habeat, quàm nobis inſinuatum ſit &c. *l. 1. §. 1. quæſitum, ff. hoc tit.* huc pertinet, *l. 29. ſi quis, ff. de falſis*, ſi libello dato aduerſarius tuus veritatem in precibus ab eo datis non adiecit, ſubſcriptione vti non poteſt &c. quaſi ea intentio fuerit Imperatoris, nam Imperatores aditos fuiſſe per libellos, multis authoritatibus refert *Briſſonius, de Formul. Roman. Imper. lib. 3. fol. 292.* vbi exemplum libelli dati, & ſubſcriptionis adfert.

A reſcripto, inquam, † permiſſum eſt appellare, *d. l. 1. §. 1. l. 2. nouum, C. de appellat.* vt excutiatur veritas, conſultationis Principi propoſitæ. Etenim cum reſcriptis ſuis Principes nemini iniuriam inferri velint, *l. 3. C. de precibus Imperatori offerendis, toto tit. C. ſi contra ius &c. & C. de diuerſis reſcriptis. l. nec auus, C. de emancipatione, l. 1. l. 2. in fine ff. de natalibus reſtit. l. in concedendo, ff. de aqua pluuia arcen. l. ex facto 43. ff. de vulgari & pupillari ſubſtitutione, cap. expoſita de arbitris, cap. ſuper eo, de officio delegati, cap. ſi quando 5. cap. cauſam, 18. ext. & cap. 8. quãuis, de reſcriptis in 6.* cum ſimilibus: pertinet enim ad varietatem Principis, ne quis, ſub ipſius nomine, poſſit iure conqueri, ſe ab aliquo iniuriam, & vexationem paſſum fuiſſe, nec calumniæ facultatem ex principali maieſtate capi oportet &c. 42

Principes tamen, † ſæpiſſimè falſis narratis circumueniantur, *cap. fin. de reſcriptis in 6. capit. vnico, de religioſis dom. l. prima. C. de petit. bonor. ſublat.* vbi Imperator conqueritur, inuerecunda petentium inhiatione, beneficia nonnunquam extrudi, vt etiam non concedenda tribuat, nam bonus, cautus, optimus, vti dicebat Diocletianus, venditur Imperator, rectè humanitate ſuggerente, appellatio conceditur, 43

cum non aduerſus Principem, ſed aduerſus Iudicis mendacium, calliditatem prouocetur, *Textus notabilis, in l. 1. ff. quando appellandum.* Secundum quæ euenit, vt mandata annullentur, vel reſcripta nullius ſint momenti, ſi doceatur, rem aliter ſe habere, quàm inſinuatum ſit, adeo, vt commodo literarum, vt Tex *in cap literis, cap. fin de reſcriptis* dicit, careat, ſeu *d l. ſi quis*, ſubſcriptione vti non poſſit, in expenſis condemnetur, *Gail, lib. 1. obſer. 14 Tom. 2 Symph part 1. vot. 26. Author præiud. in verbo, exceptio, fol.* 188 ibi *ratio excipiend.* Si enim ad conſultationem, reſcripſit, appellandi ius ſuperent, ſi quid in conſulendo mentitum ſit, *d § quæſitum &c.* (idem iudicium eſt ſi mandatis inſinuatis, ex priuilegijs Cæſaris ad melius Principem informandum, prouocetur, in quam rem elegans ſupplicatio, cum annexo decreto *tomo 1. Symphore. part. 2. tit. 11. ſupplicatio 5. folio mihi. 212.*)

Quæ dicta ſunt, de Imperatore, eadem transferri poſſunt,
43 ad Cameram † Imperial. vt ab ipſa, quæ Imperatorem repræſentat, *Mynſing centur. 4. obſ. 5.* nulla concedatur appellatio, *Ordinatio Cameræ Imp. part. 2. tit. 35. & part. 3. tit. 51.* adeò, vt à Camera Imp ad Summum Pontificem. (ſicuti nec ab ipſo Imperatore, vti ſupradictum eſt) etiam in cauſa pia, non concedatur appellatio, & quendam huius rei nomine, tanquam contemptorem Iuriſdictionis Imperatoris, in centum marcas auri puri, cum expenſis condemnatum fuiſſe, refert *Author præiud. Cam. fol* 31. in verbo *appellare, à quibus. in principio, & Compilator quæſt. controu. cap. 8. § 1* teſtatur appellantem, extrà Imperium, mandato pœnali coërceri, imò ſi Princeps extraneus quid ſimile attentet, fiſcus ſe interponere debeat, ex mãdato pœnali Caroli V. de quo *in Auth præiudic Cam. in verbo Imperium Romanum. fol.* 147. Poterit tamen in Camera Imp. contrà ſententiam ibidem latam, peti reſtitutio in integrum, *Ordinatio; Cameræ Imp. part. 3 tit. 52. tom. 2. Symph. par. 2. voto 46. & 49*

Quod autem de Imperatore male informato, ad melius infor-

informandum dictum eſt, argumento *l.* 1. §. *quæſitum*, 1. *ff. hoc tit.* id locum ſibi vindicare non poterit, in Camera Imperiali, cum ratio ſuperiorum ceſſet, nam cum ibidem merita cauſæ exactiſſime à viris conſumatę doctrinæ excutiantur, abſurdum erit dicere, inconſultò ſententias proferri, quare tali cautela, vſos rectè repulſam paſſos refert *Gail, lib.* 1. *obſer vlt. circa finem*, neque enim indiſtinctè admittendam, puto opinionem exiſtimantium, ab Imperatore malè informato, ad melius informandum, prouocari poſſe, ſi enim ad conſultationem reſcripſerit, appellandi ius ſupererit, ſi quid in conſulendo mentitum ſit. *d.* §. *quæſitum*, ſin autem merita cauſæ, & partium iura excuſſa ſint, non erit ab Imperatore malè informato, ius appellādi, nec dici poterit, male informatū, de ſe .n. quæri debet, ſi quid ab ipſo, in allegatione ſui iuris prætermiſſum ſit, beneficium tamen ſupplicationis denegandum nō videtur, *toto tit. C. de precib. Imperatori offerē. Mynſ. cent.* 6. *obſ.* 15.

Secundo, non prouocatur à Præfecto Prætorio, *l. vnica*, §. *his. ff. de officio Præfecti Prætorii*, *l.* 17. *præfecti*, *ff. de minoribus*, *l.* 1. *Cod. de ſententiis Præfecti Prætorio*, *l.* 19 *à Proconſulibus*, *l. cum iam*, 35. *C. de appell.* (cuius vicem Imperialis Camera obtinet, *Mynſing. cent.* 1. *obſ.* 42.

Elegans † redditur ratio in *d.* §. *his*. quæ iure ad Cameram 44 transferri poteſt, Publicè, inquit ſententia Principali lecta, appellandi facultas interdicta eſt; (*Ordinat. Camer. Imp par.* 3. *tit.* 51.) credidit enim Princeps, eos, qui ob ſingularē induſtriam, explorata eorum fide, & grauitate, (*iuxta Conſtit Imperii Anno* 66 §. Vnd ſollen ꝛc. *fol. mihi.* 565. *Anno* 70. § Vnd ob wol ꝛc. in mehr angezogener ꝛc *fol.* 612. & *Anno* 76. §. Derhalben ſtatuiren ꝛc. *fol* 663. & *Anno* 1600. §. Demnach auch ꝛc. *cum ſeq fol.* 757. & *Ordinatio Camer Imper. par.* 1 *tit.* 3. & 4. §. Auff denſelben ꝛc.) ad huius officij magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos eſſe pro ſapientia ac luce dignitatis ſuæ, quam ipſe foret iudicaturus.

Quibus ita perpenſis, quo conſilio, quidam in Scholis plenis

nis quaſi impudétiæ velis ad ſummum audaciç gradum ferantur, dum ſententias, in Camera Imperali explorato & excuſſo conſilio, atque iudicio, prolatas, carpunt, conſtituere mecum non poſſum, ſi enim Pythagoræ, teſte *Valerio Max. lib.* 8 *ca.* 160. *circa fin.* tanta veneratio tributa ſit, vt quæ ab eo auditores acceperant, in diſputationem deducere, nefas exiſtimarent, quin etiam interpellati ad reddendam cauſam, hoc ſolum reſpondebant. *Ipſum dixiſſe &c.*

Iuſtiore ex cauſa, id probandum erit, in ſententijs prolatis, à viris conſummatiſſimæ doctrinæ, vt vno verbo expediam, illis obijci poterit, dictum *Hannibalis*, cuidam *Philoſopho*, diſputandi, de Imperatoris officio, & de omni re militari, qui nunquam hoſtem, nunquam caſtra vidiſſet &c. multos ſe deliros ſæpe vidiſſe, ſed qui magis quam ille Philoſophus deliraret, vidiſſe neminem, quod dictum ex tollitur à *Cicerone, lib.* 2. *de Oratore*, quid enim inquit, aut arrogantius, aut loquacius fieri potuit, quam Hannibali, qui tot annos de Imperio, cum populo Romano, omnium gentium victore certaſſet, Græcum hominem, qui nunquam hoſtem, nunquam Caſtra vidiſſet, nunquam deniq; minimam partem illius publici muneris attigiſſet, præcepta de re militari dare? &c. hoc mihi facere, omnes iſti, qui nedum Cam. Imp. ſententias, ſed etiam alterius ſupremi Magiſtratus iudicia coloratis adducti argumentis, impugnare ſtudent, videntur.

Sed ad Iudices, à quibus appellare non licet, reuertamur.

Tertiò, itaque, appellatio improbatur ab arbitris, *leg.* 27. *diem proferre*, §. *ſecundo. ſtari*, *l.* 32. *non diſtinguemus*, §. 14. *cum quidam*, *ff. de arbitris*, *l. prima. Cod. eodem titul.* niſi manifeſta iniquitas appareat, *Canoniſtæ, in cap.* 2. *non ſine ext. de arbitris*, vbi inferunt, arbitrium continens manifeſtam iniquitatem, retractandum eſſe, *Rulantus, de Commiſſ. par.* 3. *lib.* 8. *de Proceſſ. iud. interrog. cap.* 2. *nu.* 25. vbi ita obſeruatum fuiſſe refert, prout latius infrà videbitur.

45 Sciendum autem eſt, † arbitrorum duo eſſe genera, vnum eiuſ-

Digitized by Google

eiuſmodi, vt ſiue æquum, ſiue iniquum ſit, parere debeamus, quod obſeruatur, cum ex compromiſſo ad arbitrum itum eſt, alterum eiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, vt loquitur *I.C. in l. ſocietatem, 76. ff. pro ſocio.*

Hinc Dd. conſtituunt, vnum arbitrum, alterum, arbitratorem, de differentia vtriusq; *latè Bartholus, in dict. l. ſocietatem Gail, lib. 1. obſ. 150. nu. 4. & quamuis Coraſius, lib. 4. miſcella, cap. 18.* hanc diuiſionem arbitrorum impugnet, tamen in foro ea recepta eſt.

Sunt etiam, qui tertiam ſpeciem arbitrorum faciunt, videlicet, quoſdam eſſe arbitros iuris, qui ſecundùm formam legis, & ex iuris neceſſitate eliguntur, *l. arbitro, 9. ff. qui ſatisdare &c. l. apertiſſimi, 16. l. fin. Cod. de iudiciis, cap. 61. cum ſpeciali, hoc titul. cap. ſuſpicionis, de offic. delegat. ext. cap. ab arbitris, eod. in 6.*

Curacius autem, *lib. obſ. cap.* 23. quatuor genera arbitrorum conſtituit.

Non deſunt tamen, qui has arbitrorum partitiones impugnent, nam arbitros iuris, non eſſe arbitros, ſed potius Iudices, & arbitratorem in iure virum bonum dici, *iuxta l. 13. Pomponius, §. 2. recepiſſe, ff. de arbitris.*

Verum quidquid ſit, † nos hic de arbitro compromiſſario 46 loquimur, qualem exponit *Vlp. in d. §. recepiſſe*, non de arbitro, qui plerumq; Iudicem datum, à Prætore ſignificat, & à Iudice ſeparatur, *latè Briſſonius, de verb. ſignificat. in verbo arbiter*, nec etiam de arbitris, quorum arbitrio conuentiones fiebant, vt pretium, in emptione, *l. vltim. Cod. de contrahenda emptione*, merx in locatione, *l. ſi merces, 25. l. ſi in lege locationis, 24. ff. locati*, partes in ſocietate, *l. ſi cogita, 75. cum ſequen. ff. pro ſocio*, item in ſtipulationibus danda vel faciendi. *l. ſi quis 43. ff de verbo oblig. l. 3. ſi cum ea, Cod. de iure dotium, & paſſim alibi*, vt arbitrio tertij quid conſtituatur, nam & hi ſi notionem ipſam ſpectemus, arbitri dicuntur, quod rem arbitrio ſuo definiant; non tamen tales ſunt, quorum mentio fit in *titul. ff. & Cod.*

de re-

de receptis arbitris. Receptis, *inquam*; id eſt, ex recepto ſeu compromiſſo ſumptis, vt interpretatur *Iuſtinianus, in l. rem non nouam,* 14. *C. de iudiciis*, à quibus appellatio interpoſita reprobatur, ſiue compromiſſum ſub pœnæ ſtipulatione, *l. litigatores*, 11. §. 1 *ff. de arbitris*, ſiue ſimpliciter, reſpectu videlicet pœnæ, ita enim intelligendus eſt *Textus*, *in l. diem*, 27 §. *ſed ſi pœna*, *ff. eodem*, ſiue nudo pacto, *l.* 5. *C. eodem*, aut denique iuramento, *cap. non ſine*, 2 *cap. per tuas*, 9. *ext. eodem*, (quod genus arbitrorum Iure Ciuili improbatur, authent. decernit, (eodem) celebratum ſit, non concedenda appellatio.

47 Et licet *Bartolus*, † *in l. 2. ff. de arbitris* repugnet, pœna compromiſſo non adiecta, aut facto compromiſſo, ſecundum legem, *cum antea* 5 *C. de arbitris*, prouocationi locum eſſe, *argumento l. 1. Cod. eod. titul.* ſumpto argumento à contrario ſenſu: Communem tamen opinionem, in contrarium eſſe, *refert Alaxander, in l. nemo poteſt, ff. de legatis*, 1. *Mynſingerus, centur.* 4. *obſ.* 68. *nu.* 5. Quæ ſubſequentibus rationibus confirmari poterit: cum enim ex compromiſſo nudo pacto, & ſine pœna inito, non detur actio antè decendium, quia ad agendum, ſententia arbitri inefficax ſit, ab eo fruſtrà appellabitur, tranſacto autem decendio, appellari non poterit, cum tempora interponenda appellationis iam effluxerint. Secunda, ex ſententia arbitri naſcebatur exceptio pacti, vt in *l.* 11 *litigatores*, §. *interdum*. 3 *ff. de arbitris*, & tamen generaliter definitum eſt ab arbitro appellare non licere, *d. l.* 1. *C de arbitris, l. non diſtinguemus*, 32. §. *cumquidam*, 14. *ff. de arbitris.*

Idem iudicium videtur, ſi ex forma ſtatuti oriatur actio, ex laudo arbitri, vitioſa enim hæc collectio eſt, ex aliquo actu, oritur actio, ergo appellari poterit, vt pluribus confirmat *Rulantus, de Commiſſariis, lib* 9. *de remed. conſer. rer. acquiſ. cap.* 3. *num.* 24. *cum ſeq.* videatur *Mynſing. cent.* 4 *obſ* 67. *in fine*. Quod adeò verum eſt, vt ſiue æqua, ſiue iniqua ſit, ſententia arbitri, *l.* 76. *ſi ſocietatem, in fine, ff. pro ſocio*, *l diem*, 27 § *ſtari*. 2. *ff. de arbitris*, STARI, inquit, I.C. debet ſententiæ arbitri, quam de re di-

Digitized by Google

re dixerit, ſiue æqua, ſiue iniqua ſit, & ſibi imputet, qui compromiſit, nam & Diui Pij reſcripto adijcitur, vel minus probabilem ſententiam æquo animo ferre debet &c. in ciuile eſt enim, quem quis arbitrum probauerit, eius arbitrium improbare. *l. Pomponius ſcribit 9. ff. de negotiis geſtis, l. 47. cum mulier, ff ſoluto matrimonio, leg. ſi vxor. 13. § fin.* idem dicendum, *ff de adulteriis, cap. 36 ſi quis Epiſcopus, §. arbitrarij tantum, 2. q. 6.*

Quare pœnæ petitio, ſi ſtipulatione expreſſa, vel ſi certa cõpromiſſa non ſit, incerti actio ad id quod intereſt, aut exceptio pacti de non petendo, iuxta caſum, *d. §. interdum, l. 11. ff. de arbitris*, aut denique actio, *ſecundum legem cum antea, 5. C eodem*, competet: hoc enim conciliat fauor litium dirimendarum; Nec obſtat *l. arbitro, 9 ff qui ſatiſdare &c.* quia intelligenda de arbitro, à Prætore litigantibus conſtituto, à quo appellare licet, non ſecus, atque à Iudicibus, *d l. arbitro, l. ex conſenſu, 23. ff. de appell. l quæſitum, 2 ff. à quibus appellare non licet.*

Siue vt cum alijs loquar, ab arbitro iuris, licitam † eſſe ap- 48
pellationem, *cap. 11. ab arbitris. de offic. deleg. in 6. cap. à Iudicibus, 33. cum ſeq. 2 q. 6* latè *Gregorius Tholoſan. lib. 5. partit. Iuris Canonici, tit. 15 cap. 2. lit. B.*

Nec ad rem facit, litigatores, arbitrum, quaſi virum bonum, & diſceptatorem inter ſe elegiſſe, *vt ait l. 3. labeo, §. 1. tametſi, ff. de arbitris*, & quaſi arbitrio boni viri, rem dirimendam commiſiſſe, vt tale dicat, quale viro bono conueniat; quotieſcunque enim alterius arbitrio quid committitur, ſecundum præfatum modum, intelligitur committi, *l. 1 ff. de legatis, 2. l. ſi libertus. 30. ff. de operis libertorum, l. ſi in lege, 24. ff. locati, l. fideicommiſſa, 11. §. quanquam, 7 ff de legatis, 3. l. in perſonam, 22. §. generaliter 1. ff. de reg. iur. capit. in generali, 81. eod. titul. in 6.* cum ſimilibus, vnde ſi quid iniquum dixerit emendandum eſſe à ſuperiore iudice: quia cogitandum, ſibi tantum eſſe permiſſum, quantum commiſſum ſit; & creditum, & non ſolum ſibi poteſtatam eſſe datam, verum etiam fidem habitam.

45 Non, † inquam, hæc mouent; aliud enim eſt, in quem compromittere: aliud quid alicuius arbitrio committere, citrà tamen compromiſſum, ſeu aliud eſt arbitrium, quod compromiſſum dici poteſt, idque interponitur litium cauſa: aliud ratione contractus, vel aliorum negotiorum. Et dicitur arbitrium boni viri, ab huius, non illius, iniquo arbitrio, reductio peti poteſt, *dict. l. ſocietatem*, 76. *cum ſequen. ff. pro ſocio*, *capit.* 16. *veniens*, *cap. quinta vallis*, 25. *extr. de iureiuran. Aſinius Tractat. de executionibus*, §. 9. *capit.* 393. vbi refert, iurantem ſtare arbitrio, citra tamen compromiſſum, ſi iniquum ſit, appellare poſſe.

Verum diſceptationis eſt, ſi arbiter gratiæ dans, vel ſordibus corruptus iniquam ſententiam dixerit, an à ſententia ita lata appellari poſſit? Et videtur neque hoc caſu appellationi locum eſſe, *dict. l.* 32. *non diſtinguemus*, §. *cum quidam*, 14. *ff. de arbitris.*

50 Sunt tamen, qui ſtatuant, arbitrium † manifeſtè iniquum, ad boni viri arbitrium reducendum eſſe, aut dari exceptionem doli, etiam poſt decem dies, imò in ipſa executione opponi poſſe, per quam, induci quandam appellandi ſpeciem, cum recurratur ad iudicem, qui retractari de arbitri ſententia poſſit, *d. l.* 32. *d.* §. *cum quidã*, 14. *l. arbitrorum*, 3. *C. de arbitris*, *Gail*, *lib.* 1. *obſ.* 109. *Tom.* 1. *Synph. par.* 2. *tit.* 17. *voto* 2. *poſt num.* 15. *Gregor. Tholoſ. in Tractat. Partit. Iuris Canon. lib.* 5. *tit.* 4. *de arbitris*, vbi ex mente Interpretum refert, loco appellationis dari exceptionem doli, læſionis &c. per quam retractetur iudicatũ, & peti reductionem ad arbitrium boni viri, hancq; ſpeciẽ eſſe prouocationis, ad iudicem competentem; & licet diſſentiat *Codex Fabrianus*, *lib.* 2. *tit.* 35. *definit.* 6. *nu.* 4. vbi exiſtimat, non poſſe peti reductionem, ad arbitrium boni viri, cum ex compromiſſo itum eſt, ad arbitrum, tanquàm Iudicem, ſed benè in arbitrum, tanquam arbitratorem, Nec obſtare *d.* §. *cui quidam*, 14. *verſic. Per hanc ergo exceptionem. quædam appellandi ſpecies eſt, cum liceat retractare de ſententia arbitri &c.* quia Triboniani ſit.

Contra-

Contrarium tamen receptum eſt, maximè interueniente enormi læſione; hic enim non obſtante facta renunciatione, de non appellando, reductionem, ad arbitrium boni viri, & recurſum, ad ſuperiorem permitti, cui appellatio ſimilis ſit, nullaque cautela, aut verborum ſubtilitate, compromiſſi reductionem excludi poſſe, refert *Gail, lib.* 1. *obſ.* 150. *numer.* 9. *Gregorius Tholoſanus, libr.* 47. *Syntag. iuris, cap.* 39, *numer.* 27. *cum ſequen. Tom.* 4. *Synph. parte prima. voto* 8 *num.* 71. *cum ſeq. & voto* 19 *num.* 41. *cum ſeq.* & hac ratione admiſſam appellationem, refert *Rulantus, de Commiſſ. par.* 3. *lib.* 9 *de remed. conſeru. rer. acquiſit. cap.* 3. *nu.* 6. *cum ſeq. & lib.* 8. *de Proceſſ. iud. interrog. nu.* 25. *cap.* 2.

Quod à quibuſdam eò producitur, † vt, compromiſſo iuramento confirmato, appellatio & reductio permittatur, *Aſiſinius in Tract. de execut.* §. 9 *cap.* 330 *poſt nu.* 31. vbi authoritatibus, & deciſionibus probat, enormiſſimam læſionem à iuramento, & renunciationibus exceptam cenſeri, & non obſtante renunciatione, de non appellando, recurri ad ſuperiorem, ſeu reductionem peti, eamq; nulla cautela effugi poſſe, *tradit Tilmannus, de Benign. Pentec.* 4 *obſ.* 33. *nu.* 5. 51

Et quamuis quidam repugnare videantur, videlicet, iuratum compromiſſum, nec appellationem, nec reductionis petitionem, ad arbitrium boni viri admittere, quia iuramentum ſeruandum ſit, etiam cum damno facultatum, modo ſine diſpendio æternæ ſalutis, & ita iudicatum refert *Guido Papæ, deciſion.* 519. benignius tamen eſt, petitionem reductionis non denegandam, diſpenſationi impetrata agendi, cum iuratum arbitrium intelligatur ſeruandum, ſi æquum ſit, & ita in Gallia ſeruari, refert *Gregor. Tholoſ. Tractat. Partit. Iuris Canon. libr.* 5. *titul.* 4. *de arbitris, cap.* 10. *lit. E.* vbi hoc pluribus confirmat. In ſumma, appellatione denegata, reductio deneganda non eſt, *Rulantus, dict. libr.* 9. *capit.* 3 *num.* 8. vbi refert, ratione appellationis, denegatos Proceſſus, ratione autem reductionis decretam citationem, & renunciata appellatione

nullitas intentari poteſt, maximè ſi allegetur fines compromiſſi exceſſos, *Rulantus, d. lib.* 8 *de Proceſſ. iud. interr. d. cap.* 2. *nu.* 27. *cum ſeq.* vbi id præiudicijs confirmat: imò quod magis eſt, propoſitis omnibus remedijs, appellationis, nullitatis, reductionis, ijsq; denegatis, tamen, ratione damni, ex laudi promulgatione ſibi illati, vtili legis aquiliæ actione, quem egiſſe, & citationem impetraſſe, refert *Rulantus, d libr.* 9. *capit.* 3. *num.* 28.

52 Hæc autem eò pertinent, † ſi de enormi læſione conſtet, ideoq; pro extrahendis proceſſibus, ea allegari & deduci debet. alias non audiretur, *Cail, lib.* 1 *obſ.* 150 *nu.* 9. *Author præiud. Cam. in verbo, arbiter, fol* 41. *& in verbo compromiſſum fol.* 89 *& in verbo reductio in fine*, vbi hac ratione proceſſus denegatos refert, quod & iuri conſentaneum eſt, licet enim à definitiua ſententia, cauſa grauaminis regulariter non ſit deducẽda hoc tamen caſu, qualitas & quantitas læſionis, id eſt iuſta cauſa grauaminis exprimenda, *Ferrarius Montanus, de appellation cap.* 4. *n.* 27. nam petenti reductionem, ad arbitrium boni viri, onus probandi iniquitatem laudi incumbit, præſumitur enim pro laudo, *capit. niſi eſſent,* 21. *extr. de præbendis,* quod pluribus comprobat contra Alciatum diſſentientem, *Menochius, de præſumption. lib.* 2. *præſumpt* 76. (quæ autem dicatur enormis læſio, & quatenus ea in continenti probari poſſit, videatur *Menochius, de arbitrariis iudic lib.* 2. *cent.* 1. *caſu* 9 *&* 73.

Hinc ſancitum, *Comitiis Imp Anno* 94. *habitis,* §. So wöllen vnd ordnen ꝛc. *fol* 720. ab arbitris Cameralibus non concedendam reuiſionem, (quod olim controuerſum fuit) niſi de enormiſſima læſione, liquidò & manifeſtè ex actis conſtare poſſit, vbi ſimul traditur, forma compromittendi in Cameram Imp.

His ita ſubductis, in diſceptationem vocatur, coràm quo iudice, reductio petẽda ſit. In hac controuerſia in partes abierunt Interpretes: ſunt enim † qui exiſtimant, hanc reductionem, coram Iudice arbitratoris ſuperiore, tractandam eſſe ad

53

excm-

exemplum appellationis: alij eam ita dirimere exiſtimant, vt interſit, an agatur de reductione; an verò de appellatione, à ſententia arbitri, hic appellandum eſſe, ad Iudicem ipſius arbitri, pronunciantis ſuperiorem, ita communiter receptum eſſe, tradit *Couarruuias lib. 2. variarum reſolut. cap.* 12. *& Græuæus ad Gail, lib.* 1. *concluſ.* 149. *nu.* 3. multos Authores adducit, reductione petita, per viam appellationis, ſuperiorem arbitri adeundum, per modum autem querelæ, coram ordinario, qui cauſæ iudex ſit, non interpoſito compromiſſo.

Tertia opinio eſt exiſtimantium, hanc reductionem petendam eſſe, apud Iudicem illius, contra quem petitur reductio, quorum aſſertio fulciri poterit, *l.* 2. *C. vbi, & apud quem reſtitutio in integrum*, qua cauetur; Iudicem domicilij adeundum eſſe, nulla adhibita diſtinctione, petens reſcindi tranſactionem, ea non interpoſita, reus an actor futurus fuiſſet quare interpretatio vel potius diuinatio ad *d. l.* 2 *quoniam*, admittenda non eſt, ſemota tranſactione, ibidem petentem reſtitutionem in integrum, actorem fuiſſe, cum non conſtet actor an reus futurus fuiſſet.

Secundò, adduci poterit *l. cum antea,* 5. *C. de arbitris*, vbi dicitur, pro executione ſententiæ ab arbitro latæ, ad ordinarium iudicem domicilij ipſius rei, recurrendum eſſe, in verbis, CVIVS forum pars perſequitur fugientis &c. idem videtur dicendum, in reductione, vt Iudex illius, contra quem ea petitur, adiri debeat.

Tertiò quod non poſſit aſſignari congrua diuerſitatis ratio, quare petita reſtitutione in integrum, contra tranſactionem iudex rei adeundus ſit, & non in implorata reductione, ad arbitrium boni viri; cum arbitramentum, vt cum Dd. loquar, ſit quædam tranſactio,

Quartò, quod petens reductionem, ſit actor, quarè meritò petenda ſit apud iudicem illius, qui in hac reductionis quæſtione reus eſt, per vulgatam regulam, actorem ſequi forum rei. Deniq; concludunt, idem iudicium eſſe, ſi ex lege munici-

pali,arbitrorum iudicia paratam habeant executionem, & hic reductionem petentem,coram iudice illius, contra quem petitur.vt multis confirmat *Couarr. d. cap.* 12.

54 Vltima ſententia eſt, † hanc querelam deducendam eſſe, ad illum Iudicem,qui cauſæ cognitionem,ſemoto compromiſſo habebat,ſeu ad illius cauſæ iudicem ordinarium, ſiue actor, ſiue reus, conqueratur, arbitrorum iudicium iniquum eſſe, & hanc opinionem receptam, confirmant præiudicijs; *Andreas Gail, lib.* 1. *obſ.* 149. *Mynſingerus, cent.* 2 *obſ.* 61. *Rulantus, par.* 3. *lib.* 8. *de Proceſſ. iud. interr. cap.* 2. *num.* 23. *Tilmannus, de Benign. Pentec.* 7. *obſer.* 38 *Tom.* 1. *Synph. par.* 2. *titul.* 17. *voto* 2. *verſic. porro dato &c. Author præiud. Cam. in verbo reductio, Maranta, hoc titul. numer.* 126. *Gregorius Tholoſanus, in Tractat. de partit. Iur. Canon. lib.* 5. *tit.* 4 *de arbitris, cap.* 9. *lit. E. circa medium*, vbi refert Bartholi diſſentientis, & aliorum opinionem, in foro receptam non eſſe.

Pro defenſione huius ſententiæ, ſequentia ponderari poterunt. Primò, *l. ſi quem*, 30. *ff. de arbitris, vbi I. C. ait*, ſi res de qua compromiſſum ſit, in iudicium deducatur, litem, apud Iudicem, ſuo ordine peragendam eſſe, quod ſanè de Iudice arbitri intelligi non poteſt, cum dicta ſententia deſinat eſſe arbiter, & loco priuati ſit, *l qualem*, 19. *§. vlt. in fine, ff. de arbitris*, eadem conſideratio induci poterit ad *l.* 32. *non diſtinguemus*, *§. cum quidam, ff. eod.* ibi *dum à Iudice conſuleretur &c.* nec mouet petentem reſciſſionem iudicij fungi officio actoris, ideoq; coram iudice rei petēdam; quia non tam ſequens, quàm primum iudicium ſpectandum, ſiue vt in alia ſpecie loquitur I. C. cauſam,& originem &c. non iudicij poteſtatem præualere placuit, *l. qui id*, 33. *ff de donation.*

55 Ex his oritur alia,† & illa longè intricatior quæſtio, intra quod tempus petenda ſit reductio, ad arbitrium boni viri, an intra 10. dies petenda ſit. Ita enim quidam pronunciant, quos refert, & ſequitur *Fachin. lib.* 8 *controu. cap* 95. moti authoritate *l. penult.* cum antea, *verſ. ſin autem poſt ſententiam, C. de arbitris.*

Pro

Digitized by Google

Pro cuius intellectu ſciendum eſt; Aliquot eſſe genera arbitrorum; vnum eiusmodi, vt ſententiæ ab arbitro dictæ, ſiue æquæ ſiue iniquæ ſtandum ſit, & hi vocantur compromiſſarij. Alij ſunt arbitri ex datione magiſtratus, *l. arbitro, 9. ff. qui ſatisdare, l. ſi reſiduum, 5. Cod. de diſtractione pignoris.* Alij denique, † qui ex communi conſenſu partium, citrà tamen compromiſſum accipiuntur. 56 De primis *dict. l. penult.* intelligi non poterit, cum ab horum Sententia non appelletur, *l. diem, 27. §. ſtari, ff. de arbitris*, cum alijs ſuperius adductis, nec de ſecundis, vti conſtat ex principio *dictæ legis penult.* Vnde, videtur exaudiendam de illo arbitro, qui communi conſenſu partium, citra tamen compromiſſum aſſumuntur, de quo mentio fit, in *l. fin. C. vbi, & apud quem cognitio &c. & d. l. ſocietatem, §. arbitrorum, ff. pro ſocio*, quos Dd. arbitratores vocant.

Ex his itaq; videtur, hanc quæſtionem, quo ad tempus petendi reductionem, deciſam eſſe, *d. l penul.*

Verum quamuis hęc inductio, ſeu collectio, ſpeciem aliquã habere videatur; Pro defenſione tamen communis † ſententiæ, quæ habet reductionem, vſq; ad 30. annos peti poſſe, quam & à Camera Imper. approbatam refert *Gail, lib. 1. obſ. 50. num. 2.* conſiderari poteſt, *d. l. penult.* Pro cuius exactiore cognitione animaduertendum, compromiſſum variè fieri poſſe. Primò, ſub ſtipulatione pœnæ, *l. litigatores, 11. §. 1. ff. de arbitris.* quo caſu datur petitio pœnæ, *l. 2. ff. eod. cap. dilecti 4. ext. eod.* fit etiam ſimpliciter, *l. 27. diem, §. fin. ſed ſi pœna, ff. eodem*, non quidem ad remouendam ſtipulationem, ſed reſpectu pœnæ, quæ ſi adiecta non eſt, dicitur compromiſſum ſimpliciter factum, & tunc aduerſus non parentem ſententiæ arbitri, datur actio incerti, ad id quod intereſt, *d. §. fin. ſed ſi pœna, cum l. ſeq.* compromittitur etiam iuramento interpoſito, *l. 4. C. eod. tit.* Deniq́ue celebrari poteſt compromiſſum nudo pacto, *d. l. penult. 5. cum antea &c. quam l.* ita communiter exaudiunt interpretes, cum enim antiquitus compromiſſum nudo pacto fieri non potuerit, niſi hoc interpoſitum ſit, ab vtraque parte, de non

peten-

p[illegible] qu[illegible] tempus dabitur, *l. litigatores*, 11. §. *interdum*, 3. *ff. eodem*, Iuſtinianus Imp. *in d. l.* 5. ſtatuit, ſi arbitros pœna compromiſſi non vallauerit, id eſt, pœna compromiſſo adiecta non ſit, ſed communi conſenſu factum ſub pacto, vt eorum definitioni ſtetur, decurſo decendio, reo exceptionem, actori concedendam actionem, quod olim non obtinebat. Vnde eliciunt Dd. eo tantum caſu, homologationem, actionem parere, ſi nudo conſenſu partium, compromiſſum celebratum ſit, quibus ſuffragari videtur *cap.* 4. *dilecti, ext. eod. tit.* nec quidquam facit *d. l penult.* cum antea, intelligendam

58 de arbitro † communi ſententia electo, ſiue compromiſſo, cuius ſententia redigi debeat ad arbitrium boni viri, ſi iniquitatem contineat, *l. ſocietatem*, §. *arbitrorum*, *ff. pro ſocio*, quem Dd. arbitratorem vocant, nam nulla lex, in *toto tit. C. de receptis arbitris*, de arbitro non recepto, loquitur, vt patet accuratius conſideranti, maximè cum ſecundum titulum, ſub quo ſituatæ ſint, intelligi debeant. Secundo, *d. l. penult. de arbitro compromiſſario* intelligendam, apparet ex principio & fine *d. l.* dicit enim Textus. EXCEPTIS videlicet arbitris, qui cum ſacramenti religione electi ſunt &c. cum autem exceptio debeat eſſe de regula, inconueniens erit, principium *d. l. penult.* exaudiendum, de arbitratore, *d. verſic. autem* Exceptis, de arbitro compromiſſario.

Quibus ita conſtitutis, facilè apparet, primam opinionem, nihil præſidij, ex *d. l. penult.* ſibi polliceri poſſe, & contrariam receptam eſſe, quia ius petendi reductionem, ad arbitrium boni viri, ſit perſonale, & per conſequens non præſcribatur, niſi ſpatio 30. annorum, *l. ſicut, C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *annorum*, *Maranta*, *hoc tit. num.* 124. *Gail, d. obſ.* 150. *num.* 2. *cum*

59 *ſeq.* An autem † à Iudice reductionis cauſam definiente, appellatio permiſſa ſit? æque controuerſa quæſtio eſt, de qua *Couarrunias, variarum reſolut. lib.* 2. *cap.* 12. *nu.* 3.

Omiſſa longiore inquiſitione, cum hæc cauſa cenſeatur non ſimpliciter vt arbitro commiſſa, ſed vt iudici, hicque pronuncians

nuncians, ſuper cauſa reductionis, iudex ordinarius ſit, ab eóque, iuxta regulam iuris, licita ſit appellatio, niſi exceptio aliqua doceatur, ſtatuo, recipiendam appellationem, & hanc opinionem contra Bartol. diſſentientem, in *l.* 1. *ff. de legatis,* 2. *præiudiciis Cam. Imp.* confirmat *Auth. præiud. Cam. in verbo appellare à quibus, ibi, quando à Iudice,* & in verbo *reductio, fol.* 295. *Tylmannus de Benignis, Pentec.* 7. *obſ.* 39. *Gregorius Tholoſanus, Tractat. Partit. Iur. Canon. lib.* 5. *tit.* 4. *de Arbitris, cap.* 9. *lit. E. in fine,* vbi refert, in regno Franciæ, eam opinionem in praxi eſſe receptam.

Hic exiſtit & alia quæſtio, an à ſententia † Iudicis definien- 60
tis cauſam libero arbitrio prouocari poſſit? referre enim tradunt interpretes, quid conferre in liberum arbitrium, & arbitrium regulatum, aut boni viri, latè *Menochius de arbitrar. Iudic lib.* 1. *q.* 6. 7 8 *&* 9 *&* 13. & quidem idem *Menoch. d. lib.* 1. *q* 70. *nu.* 7. refert impermiſſam eſſe appellationem, cum temperamento tamen ibidem adducto, niſi enormiter quis læſus ſit, itemque obtinere exiſtimatur in ſententia lata, ſecundum conſcientiam iudicis. Videatur *Lancelottus, de attentatis, limitat.* 10. Regula tamen communis, qua ab omnibus iudicibus permiſſum eſt prouocare, adhuc repugnare videtur. In quam rem, non eſt mihi in præſentia propoſitum, longiore diſputatione inquirere, alio loco diſcutiendam relinquo.

Quartò, non appellatur à reuiſoribus ſententiarum Cameræ Imper. ſecundum mentem *Rulanti, de Commiſſariis, lib.* 2. *in puncto Commiſſ. cap.* 2. *circa finem, & parte* 3. *libr.* 9 *de remed. conſeru. cap.* 18. *nu.* 7. *tom.* 1. *Symph. part.* 2. *tit.* 14. *vot.* 4. à Reuiſoribus autem inferioribus ad Cameram appellari, tradit *Author præiudic. Camer. in verbo, reuiſio, fol.* 307. *ibi à iudice &c. Rulantus, d. cap.* 18 *nu.* 6. vbi hoc præiudicio confirmat.

Quintò, appellatio non recipitur † à iudice exequente ſeu 61
ab executione, *l. ab executore,* 4. *ff. hoc tit. l. quoniam,* 21. *C. eod. l. ab executione C quorum appellation &c.* ab executore, inquit *l.* 3. *C. Theodoſiano, de appellat.* ſerò appellatur, cum peractum

Cc ſit

ſit iudicium, lisque finita. Hinc *Paulus, lib. 5 ſentent. tit. 37.* appellationes quæ ab executoribus fiunt, recipi non placet, *cap. 29. conſuluit, l. 43. nouit. extr. hoc titul. cap. 15 quoad conſultationem, extr. de re iudic.* Et quamuis quidam exiſtiment, à ſententia de exequendo, ſeu à decreto executionis, appellationem interponi poſſe, non autem ab executione, alij autem, vt & *Fachineus, lib. 1. cap. 74.* diſtinctione rem componi poſſe exiſtimat, intereſſe inter executorem merum, & mixtum, vt hic poſſit appellari, illic non, quia prius cognoſci debeat, an ſit exequenda, fieri autem poteſt, vt perperam pronunciet, vndè appellationi erit locus.

Contrarium tamẽ communi calculo receptum eſt, *Gabrielius, lib. 2. de appellat. concluſ. 4. num. 1. Dd. ad d. l. ab executore, Canoniſtæ, in d. cap. quoad conſultationem, Tylman de Benign. Pentec. 3. obſ. 35. & 36.* vbi confirmat præiudicio, à decreto executorialium appellari non poſſe, maximè, ſi ea pronunciatio non nouum, ſed idem grauamen contineat, *Canoniſtæ, in d. capit. quoad conſultationem, Tom. 2. Symph. part. 2 vot. 48 nu. 26. cum ſeq. tom. 4. parte 1 voto 4. nu. 14. cum ſeq.* Ratio enim prohibitiua eadem militat in ſententia exequendi, quæ in executio-
62 ne. Nam ſententia de exequendo, † eſt pars executionis, & executio primæ ſententiæ à qua non appellatur; alias lex imponeretur verbis, niſi modus in executione excedatur, de qua re, *in l. à Diuo Pio, ff. de re iudic.* vt ſi exceptio nullitatis, ſpoliationis, atque hoc genus aliæ, executionem impedientes, aut ſimiles &c. non recipiantur, *cap. dilecto, 63 extr. hoc titul. Codex Fabrianus, lib. 70. tit. 20. definit. 42 & tit. 26. definit 28.* vbi
63 ita in Senatu Sabaudiæ definitum refert, † aut in grauaminibus deducat ſententiam, ſe non citato, & inaudito latam; *Tylmannus, d. loco,* vbi citationem decretam refert, & *Author præiudic. Camer. in verbo, appellatio, à ſententia nulla, fol. 27.* ibi, *quamuis, Codex Fabrian. lib. 7 tit. 27 definit. 48.*

Idem obtinet ſi pro exiguo debito magni pretij pignora capiantur, non vt à Creditore poſſideantur, ſed diſtrahantur;

Bar-

Digitized by Google

Bartholus, in l. à Diuo. 15. §. in venditione ff. de re iudic. Codex Fabrian lib 18. *tit.*12 *defin* licet in pignoratitijs Creditoribus iuris ſtricti ratio, aliud ſuadere videatur, *l. Creditores,* 8. *ff. de diſtractione pignorum, l.* 6. *quamdiu, C. eodem, l.* 2. *C. debitorem, vendit pig.*

Sciendum autem eſt duplicem † conſtitui executorem ab Interpretibus, merum, ſeu nudum, cui executio mandatur, alterum mixtum, qui habet aliquam cognitionem connexã, ab hoc ſi exceptiones appoſitæ non admittantur. Nec executioni ſuperſedeant, & negotium referant ſuperiori, appellari poterit, vt dictum eſt, tanquam modo exceſſo, in executione, *l fin. C. ſi ex falſis inſtrum.. cap.* 15. *quoad, cap.* 5. *de cætero, extr. de re iudic. capit. ſuper quæſtionum §. verum, extr de officio delegati, cap. dicenti, §. etſi non cognitio,* 25 *quæſt.* 2. *Dd. ad d. l ab executore ff hoc tit.* Exiſtimatur verò, appellandum hoc caſu ad ſuperiorem exequentis, non ad ſuperiorem pronunciantis, *Nicolaus Vigelius, in methodo iuris controu lib.* 2. *cap.* 16. *tit. qui appellandi &c. regul.* 5. *fol.* 509. *Tylmannus, de Benign. Pentec.* 7. *obſ.* 36 ibi hoc exemplo declaratur. 64

Porrò animaduertendum, vt his † caſibus grauamina non in genere, ſed in ſpecie exprimantur in ſcriptis, *Maranta, part.* 6. *titul. de execution num.* 55. *Mynſingerus, centur.* 3. *obſer.* 32. & hac ratione, quod ſine expreſſione grauaminum appellatum ſit à ſententia de exequendo, Proceſſus denegatos refert *author præiudic. Camer. in verbo appellatio ab interlocutoria &c. fol.* 24. ibi *licet iure,* & in verbo *appellatio à ſententia nulla, fol.* 28. *ibi ſententia de exequendo.* 65

Sextò, videtur non appellandum eſſe † à iudice ſuſpecto, cum facta recuſatione, eaque pendente, cauſa cognitioni ſuperſedere debeat recuſatus, alias proceſſus ſit nullius momenti, videatur *cap. quoties,* 16 *cap. ſi quis,* 21. 2. *q.* 6 *cap ſecundò requiris* 41. *in fine, capit. cum ſpeciali,* 61 *extr. capit.* 2. *legitima, de appellat in ſexto cap. quod ſuſpecti,* 15 3 *q.* 5. *l. ſi quis,* 30. *Cod. hoc titul. Dd. ad l. apertiſſimi, Cod. de iudiciis, Gail, lib.* 1. *obſeru.* 33. 66

num. 12. *Mynſing. cent.* 4. *obſ.* 59. *latè Lancelottus, de attentatis, part.* 2. *cap.* 6. à reiectione tamen propoſitæ recuſationis prouocandum, *cap. ſuper* 27. §. *eius, fin. extr. de officio delegati*, ad proximum ſuperiorem recuſati, *gloſſ. in cap. ab arbitris, de officio delegati in* 6. *Gail, d. obſ.* 33. *nu.* 18. Videatur & *Rulantus, lib.* 2. *in punƈto Commiſsionis, cap.* 15 *lit. B.*

67 Denique, vt hoc caput concludam, ab ijs, † non conceditur appellatio, qui ſingulari priuilegio ſubnixi ſunt, ne ab ijs prouocetur, *Ordinatio Cam. Imp. parte* 2. *tit.* 28 §. Und dieweil

68 *&c. verſic.* Oder aber/ das er vermög *&c.* quæ Priuilegia † Cam. Imp. originaliter inſinuari debent, vt ſtatutum Comitijs Imperij Anno 70. habitis, Wir ſetzen *&c. fol.* 613. quibus ritè inſinuatis, Proceſſus, ſub & obreptitiè impetrati, caſſandi ſunt, ex nouiſſimo deputat: receſſu Anno 1600. §. Wir wöllen auch *&c. fol.* 757. *&* §. Unſers *&c. in fine, fol.* 766. & punƈtus deuolutionis ante omnia excutiendus ſit, ſi tertius, nomine interpoſitæ appellationis, ſe opponat, §. Wir ſetzen/ ordnen *&c. fol.* 770.

Quatenus autem ſinguli ſtatus Imperij ſubnixi ſint, priuilegijs de non appellando, remitto Leƈtorem ad librum, *qui ſub nomine, Autheris, quæſtionum controuerſarum &c.* circumfertur.

Quidam hanc prærogatiuam habent, vt ab eorum ſententijs, neque ad Cameram Imperialem, neq; ad vllum Tribunal,

69 prouocari poſſit, in qua cauſa ſunt, † *Sereniſsimi Archiduces Auſtriæ &c.* de qua reijcio Leƈtorem, *ad Authorem quæſt. controuerſ. cap.* 2. *in verbo, Domus Auſtriaca. Compilatorem præiud. Cameral. in verbo,* Oeſterreich *&c. tom.* 1. *par.* 2. *tit.* 11. *voto* 5. *tomo* 2 *part.* 1. *voto* 8.

In hac materia Priuilegiorum ſtatibus Imperij conceſſo-

70 rum, ſciendum eſt, non ſolum ipſos impetrantes, † talia priuilegia concernere, ſed etiam ad ſubditos reſtringi, *tom. primo. Symph part.* 1. *tit.* 6. *voto* 2. *nu.* 1. *fol.* 439. *Compilator quæſtionum Controuerſ. in Proœmio, circa finem.*

Hinc

Digitized by Google

Hinc infertur, ſubditos huic priuilegio, committendo ſe alienæ iuriſdictioni renunciare non poſſe, expeditum enim eſt iuriſdictionem in præiudicium ſuperiorum à ſubditis prorogari non poſſe, etiam ſi lis conteſtata ſit idq; nedum in prima, ſed etiam ſecunda inſtantia obtinet. Siquidem nec ex partium conſenſu, apud alium quam proximum ſuperiorem, gradatim cauſa appellationis tractanda, cum appellatio ſuperioritatis, reſpectu domini, ſubiectionis, intuitu ſubditorum ſit ſymbolum; ideoq; ſuperiori inferreretur præiudicium, alibi introducta appellatione, *Grauæus, ad Gail, concluſ.* 40. *num.* 9. Quibus reſpondent tradita à *Tylmanno, de Benignis, tit. notat. ad ordinat. Cam. part.* 2. *tit.* 29. *in fine.*

Quamuis omiſſo medio appellari poſſit; reſpectu tamen proximi ſuperioris, id non habere locum, & etiamſi non ſit oppoſitum, appellationem in Camera non gradatim factam admiſſam non fuiſſe, *Notator ad Cam. Imp. fol.* 294. vbi in hanc rem præiudicium allegat.

Ratio autem ſuperiorum eſt, licet vnicuiq; permiſſum ſit, contemnere, quæ pro ſe introducta ſunt, *l. ſi iudex*, 41. *ff. de minoribus, l. pactum*, 46. *ff. de pactis., l. ſi quis in conſcribendo, C. eod.* tamen, nec expreſſæ, nec tacitæ renunciationi erit locus, ſi præiudicium tertij ſubſit, *Text. notabilis, in cap. cum tempore*, ibidem Canoniſtæ *ext: de arbitris, Gail, lib.* 1. *obſer.* 40. eleganter *tom.* 1. *Symph. part.* 2. *tit.* 11. *voto* 6.

Quæ dicta ſunt de Priuilegijs, intelligenda de ſuperioribus, non inferioribus iudicijs, vt notatum refert, *Rulantus, in quadam cauſa, par.* 3. *lib* 8. *de Proceſſ. indic. interr. cap.* 13. *nu.* 10. Licet verba Priuilegij generaliter concepta ſint de iudicijs.

Verum, quæſtionis eſt, † ſi priuilegium ita conceptum ſit, vt infrà certam ſummam non admittatur appellatio, niſi iuramento interpoſito, eam non calumniandi animo factam, annè ſi ſumma priuilegio non ſit conformis, & appellans ſe offerat ad iuramenti præſtationem, audiendus ſit? 71

Ratio dubitandi eſt; quod hæc dictio (niſi) ſi præcedat

 oratio

oratio negatiua, affirmet & permittat, *l. actione, vbi gloſſ. Bartholus, Iaſon, & Dd. C. de tranſaction.* Quare recipienda appellatio videtur.

Contrarium tamen verius eſt, admiſſa enim hac interpretatione, conſequens erit, priuilegia illuſoria eſſe, committendũ autem non eſt, vt ea, de non appellando, infrà certam ſummã, ſtatibus Imperij conceſſa, venti vicem præſtitiſſe videantur, quippè tàm facilè eludi poſſent, contra *l. ſcire, §. 1. ff. de Tutoribus & Curatoribus datis &c. cap. quando, 26 ext. de priuileg.*

Secundo, ſi quid ambiguum ſit, & ſecundum vnam ſententiam, vtilitas conceſſioni non conſtet, aut ea inutilis ſit, ea ſententia accipienda, vt potius res valeat, quam pereat, ſeu in tuto ſit, *l. quotiens*, 80. *ff. de verbor obligat. l. vbi*, 21. *l. quotiens*, 12. *ff de rebus dubiis*, quare priuilegium ita conceptum, cum effectu accipiendum, nimirum appellationem etiam ſumma priuilegio conformi exiſtente, non admitti, niſi præſtito prius Iuramento, eam non malitiosè interpoſitam. & ita iudicatum refertur *Tomo primo. Symph. part. 2. tit. 17. voto 4.*

Quo facto, aduerſarius ad docendum calumniosè præſtitum non admittitur, ita obſeruatum refert *Rulantus, part. 3. lib 8 de proceſſ. iudic. interrog. cap. 13. poſt num. 10. verſic. ſi ſic an iurauerit.*

72 Deniq; † obſeruandum, vt ſolennia Priuilegij in interponenda appellatione ſeruentur, *iuxta ordination. Cam. Imp par. 2 tit 29 § final* Nam pronunciatam appellationem deſertam, quod non ſit ſatisfactum ſolennibus Priuilegij, præiudicio confirmat *Tylmannus, de Benignis, Pentec. 2. obſ.* 37.

73 Hinc excipit illa quæſtio, ſi ſtatuto, † aut priuilegio receptum, vt appellantes non audiantur, niſi pignoribus aut fideiuſſoria cautione caueant, ſe non ad differendum malitiosè iudicium appellare, & hæc præſtare non poſſint, an iuratoriæ cautioni locus ſit? Et videtur appellantes ferendos non eſſe, *l. filius*, 114. *§. idem Principes*, 12. *ff. de legatis*, 1. *l. 1. § 9. iubet, ff.*

de col-

de collationibus, l. ſi conſtante, 24. §. 2. quotiens, ff. ſoluto matrimonio, l 2 eum, C. de Tutore vel Curat. qui ſatiſdare &c. l. 2. C. de vſuris, & fructibus legator.

Denique, quod ſtatutum, pro forma ſubſtantiali, fideiuſſoriam cautionem requirat, nec forma per æquipollens adimpleri poſſit.

His tamen, & ſimilibus, non tantum deferendum puto, quin contraria ſententia, tanquam benignior, amplectẽda ſit, maximè cum iuratoria cautio in locũ ſatisdationis ſuccedat, *authent. generaliter, C. de Epiſcopis & Clericis l. 1. §. 2. omnes, C. de aſſertione tollenda, l. 2. ſi ſeruus, §. ſolet, 1. ff. de cuſtodia reorum, Text elegans, in l. cum non facilè, 6 ff. ſi cui plus, quam per legem Falcidiam &c.* in hæc verba, *Cum non facilè ſatisdationem offerre Legatarius, vel fideicommiſſarius poſſit & futurum ſit, vt propter hoc à petitione liberalitatis, ex Teſtamento ſubmoueantur, nunquid onus ſatisdationis remittendum erit &c.* idq; potiſſimum procedat, ſi aliter vtrique parti commodè prouideri non poſſit, & ita appellantes ad iuratoriam cautionem admiſſos, in Camera Imperiali refert *Myſing. cent 3. obſ. 6. in fine, Notator ad ordinat. Cam. Imp. fol 303.*

Ex ſupra dictis † quæri poteſt, principali priuilegio appellatio ad certam ſummam interdicta, anne cauſa ad ſuperiorem per viam nullitatis deduci poſſit? Omiſſa longiore inueſtigatione, cum huiuſmodi reſcripta, vel priuilegia excludentia appellationem, nullitatis quæſtionem non ſubmoueãt, quia appellatio & nullitas diuerſa ſint remedia, & à ſeparatis collectio vitioſa, nihilque inferri poſſit, *cap. 9. inter, ibidem Canoniſtæ, extr. de re iudic.* ſtatuendum, querelam nullitatis non reijciendam, *Gail, lib.* 1. *obſ 135. poſt nu.* 8. vbi ait, conſultum eſſe, vt impetrantes huiuſmodi priuilegia ſibi quoque in caſum nullitatis proſpiciant; & nedum iniquitatis, ſed etiam nullitatis mentio in conceſſione Priuilegiorũ fiat. Et ita ſi ſuper nullitate principaliter agatur, Priuilegiorum rationẽ non haberi confirmat præiudicijs *Gail, d. obſ. 135. nu 7. in fine, Rulant. par. 3 lib* 8. 74

de pro-

Digitized by Google

de Proceſſ. iud. interr. cap. 13. *nu* 9. vbi refert, citationem decretam, licet antè, quia a ſumma non competente appellatum, denegatam fuiſſe.

75 Aliud autem † obtinet, ſi ſumma ordinationi Cam. Imp. non ſit conformis. Etenim Comitijs Imperij Anno 70. §. Eb aber maſſen ſoll es gehalten ꝛc. *fol. mihi,* 613. *&* *receſſ. deputat. Anno* 1600. §. Wiewol nun auch ꝛc. *fol* 756. deciſum, hoc caſu, nullitatem principaliter deduci, vel reſtitutionem in integrum in Cam. Imp. peti non poſſe.

55 Maior † difficultas eſt, quid probandum ſit in remedio ſupplicationis. Dubitationem auget doctrina Interpretum, appellatione remota expediendarum litium cauſa, excluſum quoq; cenſeri beneficium ſupplicationis, *gloſſ. in l. fin. C. vt lite pendente. Iaſon, in authent. quæ ſupplicatio, C. de precib. Imperat. offeren.*

In contrarium vrget, quod ſupplicatio interponatur, vbi appellatio non habet locum, per allegata, *à Rulanto, par.* 3. *lib.* 8. *de proceſſ. ind. interrog. cap.* 14. *nu.* 1.

Propoſitam difficultatem *Benderus, de Reuiſionib. concluſ.* 26. *&* 27. diſtinctionis fœdere, componendã exiſtimat, vt ſupplicatio admittenda non ſit, ſi ſumma Ordinationi Cameræ Imper. non ſit conformis. Aliud autem probandum eſſe, in ſumma non appellabili, ob priuilegium, tunc, per viam ſupplicationis, ad ſuperiorem, aut Cameram Imperialem, deduci poſſe, videatur *&* *Mynſing. cent. 6 obſ.* 15. Pro cuius opinionis confirmatione induci poterit, §. Es ſoll aber den Vnderthanen ꝛc. *nouiſſimo deputationis receſſu, Anno* 1600. *fol. mihi,* 767. vbi cauetur, ſi grauatus propter ſummam inappellabilem prouocare poſſit, confugiat ad remedium ſupplicationis, quæ ſupplicatio nedum ad eundem, ſed etiam ad ſuperiorem defertur, *l.* 1. *C. de Sententiis Præfect. Prætoriò, l. ſi quis, cum authent. ſeq. vbi gloſſ. & Dd. C. de precibus Imperatori offeren.* quare videtur ſupplicantem admittendum eſſe.

Verum cum *d.* §. Es ſoll aber ꝛc. expreſsè mentionem faciat,

ciat, de ſumma ordinationis, & ſeipſum declaret, nec non priuilegia ſtatus Imperij, ab Imperatore conceſſa, cò pertinere videantur, vt prouocanti licentia, certis finibus conſtringatur, hic ſubſiſtendum, & rem accuratius expendendam eſſe videtur.

Ne quis autem † exiſtimet, grauatos omni auxilio excluſos, ipſis apud eundem Iudicem ſupplicare permittitur, vt idem Iudex cauſam ſeu acta reuideat, ita vt duæ ſcripturæ vltrò & citrò, cum nouis allegationibus admittantur. Quod notandum, probabiliter enim dubitari poſſet, an ſicuti in cauſa appellationis noua allegari poſſunt, *l. eos*, 6. §. 1. *ſi quid autem*, *l. in offerendis*, 37. *in fine*, *l. fin.* §. *primo circa medium*, *C. de appellat.* *l. per hanc*, 4. *C. de tempor. appell.* illud etiam concedatur in cauſa ſupplicationis. Hæc, inquam, grauatis ſupplicandi poteſtas intra tempus à lege præfixum, conceditur cum nouis allegationibus, *ex d.* §. Es ſoll aber :c. quod iuri conſentaneum eſt, *Menoch. lib.* 1. *de arbitr. iud. q.* 72. *nu.* 9. vbi refert *d. l. per hanc*, locum habere etiam in auxilio ſupplicationis. 77

Deniq;, † vt hoc Caput expediam, memoriæ commendãdum eſt, in omnibus caſibus, quibus appellare interdicitur, adiri poſſe ſuperiorem, per viam querelæ, propter iuſtitiam denegatam, vel retardatam. *Aurea Bulla Caroli Quarti. titulo vndecima.* circa medium, *Menochius, libr.* 1. *de arbitr. Iud. quæſt.* 70. *num.* 25. aut ſimpliciter implorari officium Iudicis, per viam querelæ, nullitatis, reſtitutionis in integrum &c. *Bartholus, & Angelus in l. arbitro, ff. qui ſatisdare coguntur*, quia quamuis conſtitutio aliqua tollat, & excludat generaliter, quodcunque remedium, nunquam tamen cenſeatur excludere implorationem officij ſuperioris, vel recurſum ad ſuperiorem. Allegant in hanc rem, *l. final. ff. de petit. hæred. l.* 1. §. *quæſitum*, 5. *ff. de ſeparatiõn.* hic tamen recurſus, regulabitur, ſecundum quod regulatur appellatio, quantum ad tempus exercitij, & terminationis eius, *ſecundum Baldum*, *in Tractat. de ſtatutis.* 78

Digitized by Google

Item ſuperior adiri poterit, per modum ſupplicationis, vt prioris iudicis ſententia reuideatur, & corrigatur. Quæ qui-
79 dem † ſupplicatio regulabitur, ſecundum terminos appellationis, vbi non reperitur expreſſo iure conſtituta differentia, inter ſupplicationem & appellationem, *gloſſ. in l. vnica C. de ſentent. Præfect. Prat. Menoch. d. lib. 1. de arbitr. iudic. q. 72.*

CAPVT V.

De temporibus ſolennibus, vulgò formalibus ſeu fatalibus appellationum.

SVMMARIA.

1. *Quando olim appellandum, & intra quæ tempora, quo iure nunc vtamur.*
2. *Ab omni ſententia, grauamine tàm iudiciali quàm extraiudiciali intra 10. dies, interponendam appellationem, itemq́ in ſententijs nullis obtinere, quæ non tranſeunt in rem iudicatam.*
3. *Prouocatione interpoſita, à ſententia nulla, eaq́ pronunciata deſerta minimè confirmari, ex hac, ſententiam, neq́ tranſire in rem iudicatam.*
4. *An decendium currat, non expectato euentu conditionis, an vero ſi ea in mora ſit, exſpectanda, quoad exiſtat?*
5. *Sententia ſub conditione lata, iure ne ſubſiſtat, an verò propter vitium pronunciationis nullius momenti?*
6. *Tempora ad appellandum computanda, ex die ſententiæ latæ, non ex quo conditio ſententiæ extitit, cum ratione ibidem adducta, idq́ præiudiciis confirmatum.*
7. *A ſententia data electionem, creditori ſtatim appellandum non à die ſecutæ electionis, & ita in Senatu Sabaudiæ definitum eſſe.*
8. *Qui aduerſarium à Iudice admiſſum, in ſupplementum probationis*

tionis paſſus eſt iurare, nihilominus appellare poterit, & ita definitum in Senatu Sabaudiæ.

9. An non ſolum à delatione, ſed etiam præſtatione iuramenti appellari poßit?

10. Etiam in cauſa feudali tempora prouocationum ſeruanda eſſe.

11. Intrà decendium appellandum, modo ſcientiam habeat quis ſententiæ contra ſe latæ, num. 13. & nu. 31. vbi hoc deciſione confirmatur.

12. Differendam eſſe appellationem, à ſententia dubia & obſcura, & 10. dies computandos, non à die ſententiæ latæ, ſed confirmatæ, vel declaratæ.

14. Tertio prouocanti quomodo hoc tempus 10. dierum computandum.

15. Verius eſt ipſi currere à tempore ſcientiæ, & an idem, obtineat in venditore. num. 16.

17. Alleganti ſcientiam ſententiæ incumbit probare, quem ſciuiſſe ſententiam latam.

18. Tempus interponendæ appellationis, in principio eſt vtile, in progreſſu continuum, adeò vt nec per iudicem minui, nec prorogari poßit, ſecundum ius commune, & Conſtitutiones Imperij.

19. Conſuetudine, vel ſtatuto, produci poſſe tempus appellationis.

20. Decendium hoc ita computandum, vt momentum, hora, punctus illius diei, quo ſententia lata eſt, conſideretur, idq́; præiudiciis confirmatur.

21. Si quis in cauſa defendatur per Procuratorem, non tempus ſcientiæ, ſed ſententiæ latæ conſiderandum, idq́; præiudiciis confirmatum, & nu, 23.

22. Declaratus l. 1. §. final. ff. quando appellandum.

24. Decendium à tempore ſcientiæ computari, ſi abſente Procuratore ſententia lata ſit.

25. Procurator non appellans, ſi ſoluendo non ſit, an domino beneficium reſtitutionis in integrum indulgendum?

26. Sententia negatiua cum argumentis.

27. *Contrariæ ſententiæ defenſores: & legem eò pertinentium præſidia, quæ opinio præiudiciis confirmatur.*

28. *Quomodo cognoſcatur quem ſoluendo eſſe nec ne.*

29. *Nomine alterius interpoſita appellatio intra decendium ratificari debet, idq́ præiudiciis confirmatum.*

30. *An idem obtineat in tertio adhærente alterius appellationi?*

32. *Intra decendium à grauamine, tàm iudiciali, quàm extraiudiciali prouocandum, quomodo id intelligendum.*

33. *Elegans exemplum grauaminis continuam cauſam habentiū refertur.*

34. *Formula interponendæ appellationis, quænam fuerit antiquitus.*

35. *Iure ff & C. ſufficere, ſi quis apud acta dicat, appello, eoq́ iure nos vti.*

36. *Quando ſubiectio protectionis habeatur pro appellatione, & quid per eam conſequatur.*

37. *Explicatum quando cenſeatur quis apud acta, ſeu ilicò appellare.*

38. *Non interpoſita appellatione, apud acta, ad libellos appellatorios confugiendum, & quomodo hi petendi, & concipiendi ſint.*

39. *Apoſtoli petendi ſunt, qui & libelli dimiſſorij vocantur, non tamen confundendi, cum libellis appellatoriis.*

40. *De forma libellorum, ſeu Apoſtolorum*

41. *Apoſtolis dandis, reddendisq́, 30 dies hodie præſcripti, hiq́ à die ſententiæ computandi.*

42. *In locum cautionis de exercenda prouocatione mulctæ indicendæ ratio videtur ſucceſsiſſe, & explicata l. eos, §. vlt. & l. 43. C. Theodoſia: hoc tit.*

43. *A ſententia definitiua, vel interlocutoria, vim definitiuæ habente, hodie viua voce incontinenti, vel ex interuallo in ſcriptis cum forma requiſita appellandum eſſe, licet in cauſa criminali illicò prouocandum, ſecundum quoſdam.*

44. *Si copia iudicis A QVO haberi nequeat, appelletur, aut proteſtetur, coràm honeſtis viris, neq́ hoc caſu iterandam appel-*

appellationem, intra decendium, iudice copiam ſui faciente.

45. Conſuetudine eò rem deductam, vt ſiue copia iudicis ſit, ſiue non, interpoſita prouocatio, coràm publica perſona ſubſiſtat.

46. Priuilegij, vt appellationes non niſi apud ipſum iudicem factæ, valeant, rationem non haberi, ſi copiam iudicis defuiſſe, aut metum obſtitiſſe, proponatur, ex conſulto Cameræ Imperialis.

47. Schedulam appellationis, ſeu libellum appellatorium porrectum iudicibus habere vim appellationis, cenſeriq; appellatum in ſcriptis, licet nullum inſtrumentum appellationis, confectum à Notario, adferatur, idq; præiudiciis confirmatum, & nu. 66.

48. Prouocati coram Notario, animaduertendum, vt ſchedula appellationis porrigatur, & Notarij inſtrumento confecto ex membrana, inſeratur, alias inualida erit appellatio, conſtitutionibus Imperij & præiudiciis confirmatum, cum numer. 49.

50. Allegans hanc ſolennitatem inſtrumenti appellationis in tali loco &c. non obſeruari auditur.

51. In inſtrumento appellationis non requiri expreſſionem cauſarum grauaminum regulariter, ſed tenorem aut qualitatem ſententiæ debere deprehendi.

52. A denegatione Apoſtolorum, aut non receptione appellationis prouocandum non eſſe.

53. Schedulam appellationis tàm Iudici A QVO, etiam extra iudicium, quàm AD QVEM præſentari poſſe, & altinario etiam dieferiato.

54. Non requiri, vt libellus appellatorius recitetur coràm Iudice, A QVO neq; inſeratur appello in his ſcriptis.

55. A grauamine extraiudiciali, etiam vim definitiuæ habente, item ab executionibus, in caſibus permiſſis, de iure, ſemper in ſcriptis cum expreſſione cauſæ appellandum.

56. Ab interlocutoria mera, appellabili tamen, in ſcriptis appellandum, expreßis nominatim cauſæ grauaminibus; idq; in foro receptum.

57. In appellatione, ab Interlocutoria, noua cauſæ, quàm expreſſæ in ſcriptis, adferri non poſſunt, ideoq; interpoſita proteſtatio, ius declarandi cauſas grauaminum, non ſubſiſteret.

58. Sublata difficultas ex cap. conſtitutis, 46. ext. hoc tit.

59. In appellatione à grauamine, an alia cauſa non expreſſa in inſtrumento deduci poßit, ſi allegata non fuerit ſufficiens?

60. De iure communi cauſa appellationis, ab interlocutoria, coram Iudice, A QVO allegari, veritas autem cauſæ, coram Iudice, AD QVEM, probari debet. Sufficere tamen, ſi cauſæ in ſcriptis redigantur, & conſtet iudici AD QVEM de veritate illarum.

61. Statuto & conſuetudine introduci poſſe, vt ab Interlocutoria, viua voce, & à definitiua, ex interuallo, viua voce, prouocari poßit, idq; præiudiciis confirmatur.

62. Cauſa commiſſa, ſola veritate inſpecta, item vt ſummatim, de plano &c. definiatur, ſolennitates interponendæ appellationis, ab interlocutoria remiſſas cenſeri.

63. Petitio neglecta Apoſtolorum inducit renunciationem appellationis, & quid de hac re vtroq; iure definitum ſit.

64. Stylo Cameræ Imperialis, nec Apoſtolorum petitionem, nec appellationis inſinuationem, requiri, & num. 70. 74. & 75. vbi hoc declaratur, quomodo procedat.

65. Conſultius tamen eſſe, appellationem inſinuari, ad reuocanda attentata, idq; fieri poſſe etiam extra iudicium.

67. Inſtrumentum appellationis, per Notarium Pontificium confectum an ſubſiſtat?

68. Duplici appellatione interpoſita, in arbitrio appellantis eſſe, vtram proſequi velit, idq; præiudiciis confirmatum.

69. L. ſi quis libellos, 28. C. hoc tit. declarata.

71. Innouata, pendente termino, ad recipiendos Apòſtolos, nullius eſſe momenti.

72. Di-

Digitized by Google

72. *Diuiſio Apoſtolorum, ab interpretibus tradita, an ſubſiſtat?*
73. *L. ſciendum, 6. ff. hoc tit. explicata.*
76. *Formula interloquendi, cum dantur Apoſtoli.*
77. *Quomodo petantur, & concedantur Apoſtoli.*
78. *Antiquitus, qua ratione introducebatur appellatio, & quando fuerit vltimus dies fatalis.*
79. *Ex præſcripto ordinationis Cam. Imp. quotnam menſes conſtituti ſint, ad introducendam appellationem.*
80. *Appellans negligens, in cõtrahendis proceſſibus, audiendus non eſt, ſi reproductio citationis congruè fieri nequeat.*
81. *Comitiis Imperij deciſum, termino in ferias incidente, fatalibusq; poſtea exſpirantibus, reproductionem appellanti adhuc ſaluam eſſe.*
82. *An idem probandum ſit, ſi ab initio feriarum, terminum exſpiraſſe, proponatur.*
83. *Comitiis Imperij declaratum, an ſufficiat reproductio citationis, verbaliter facta, cum proteſtatione diligentiæ &c.*
84. *Semeſtre tempus præfinitum introductioni appellationis, ſecundum ordinationem Cam. Imp. à iudice, A QVO, minui, non autem prorogari poſſe.*
85. *Præfixum tempus à Iudice æquè attendendum, ac à lege conſtitutum, ſub pœna deſertionis.*
86. *Exigui temporis poſt præfixum introducendæ appellationi diem decurſi ex æquitate rationem non haberi idq; præiudiciis confirmatum, quamuis ſtricta iuris ratione aliud obtinere videatur.*
87. *Terminum legis, aut hominis, præfinitum, introductioni appellationis, à Iudice ſecundi iudicii, ex cauſis prorogari poſſe, etiam vna tantum cauſa prorogationis, conſtitutione, vt ſtatuto expreſſa, in eam rem elegans locus Ciceronis adfertur.*
88. *An iuſta cauſa prorogationis fatalium ſit ſi proponatur cauſam eſſe in terminis compromiſſi, vel tranſactionis?*
89. *An cauſæ prorogationum proceſſui inſerendæ ſint?*

90. Nul-

90. *Nullam dilationem, neq; eiuſdem prorogationem abſq; cauſæ cognitione concedendam.*

91. *Intra terminum, prorogationem petendam, alias eo finito, petitio appellantis, ſuo periculo ſibi decerni proceſſus, improbatur, ſed ad remedium reſtitutionis in integrum, cum cauſæ cognitione admittitur?*

92. *Quomodo cauſæ reſtitutionis in integrum allegandæ.*

93. *Sola impedimenti probatio an ſufficiat, ad impetrandam reſtitutionem in integrum.*

94. *Probatio impedimenti quomodo implenda, an iuramentò res decidenda ſit? verius eſt, committendam arbitrio iudicis.*

95. *In reſtitutione in integrum animaduertendum, vt quatenus cuiusq; ius læſum ſit, eatenus reſtitutio fiat.*

96. *Intereſſe inter tempus, quod quis petit, ſibi reſtitui, & tempus, intrà quod reſtitutio in integrum imploratur.*

97. *Deciſum, petenti reſtitutionem contra lapſum fatalium, non plus temporis concedi, quàm re integra habuerit.*

98, *Appellatio exercenda, intrà tempus, lege aut ſtatuto præfixum, ſub pœna deſertionis.*

99. *Decurſo anno, an poßit ſententia executioni mandari, quaſi appellatione deſerta, & declarata authent. ei qui, C. de temporib. appellat.*

100. *Impedito proſequi appellationem, an proteſtatio neceſſaria ſit?*

101. *Si appellans, partim negligens, partim impeditus fuerit, anne totum biennium concedendum? variè in hac quæſt. ſentire Interpretes, verius tamen eſſe, arbitrio iudicis hoc temperandum.*

102. *Impeditus facto iudicis, an ipſo iure tutus ſit, an verò ei ſubueniendum, per reſtitutionem in integrum?*

103. *Fundamenta illorum, qui negant, ipſo iure tutum.*

104. *Argumenta, & Authores contrariæ partis.*

105. *Nouella 49. declarata.*

106. Con-

106. *Confirmata ſententia, impeditum facto, iudicis ipſo iure tutum eſſe?*

107. *An idem probandum ſit, ſi impedimentum reſultat ex parte nuncij?*

108. *Affirmatiuæ opinionis Authores, additis huius ſententiæ conſiderationibus.*

109. *Annè proteſtatio repetita, his caſibus neceſſaria ſit?*

110. *Authores, qui id defendunt, cum argumentis.*

111. *Contrariæ ſententiæ Defenſores, cum ſuis fundamentis.*

112. *Confirmata ſententia proteſtationem ſaltem vtilem eſſe.*

113. *Si impedimentum veniat ex parte appellantis, quo remedio ipſi ſuccurrendum.*

114. *Appellans impeditus, factò appellati ipſo iure tutus eſt, additis legibus, quibus id ſuaderi videtur.*

115. *Quomodo ſubueniatur impedito, ex facto tertij.*

116. *Argumenta & leges, quibus euinci videtur, tempus proſecutioni appellationis definitum, expreſſo partium conſenſu, prorogari non poſſe.*

117. *Contrariæ ſententiæ defenſores, & argumenta.*

118. *Confutata prioris ſententiæ fundamenta.*

119. *Intellectus l. 3. C. de Temporib. appellat.*

120. *Declarata Clementina. Quamdiu, hoc tit.*

121. *An fatalia currant propter interpoſitum concordiæ tractatum.*

122. *Declaratur iudicium attentatorum ſiſtere curſum fatalium.*

123. *Tempora appellationis, an minui, aut produci à iudice poſſint?*

124. *Leges, quibus negatiua opinio innititur.*

125. *Reſolutio quæſtionis propoſitæ.*

126. *Confutata negatiuæ opinionis argumenta.*

127. *Intellectus §. ſi quis condemnatus, l. 4. ff. de re iudic.*

128. *Tempora proſecutionis appellat. in Conſiſtoriis Principum non obſeruari.*

Digitized by Google

129 *Argumenta Authorum exiſtimantium, Iure Canonico, inſtantiæ tempora non ſeruari.*

130. *Confutatio huius opinionis, & argumentorum reſolutio.*

131. *An Minori currant tempora appellationis, cum legibus, quibus ipſo iure tutos eſſe ſuaderi videtur.*

132. *Tempus appellationis interponendæ, etiam Minoribus præfixum intelligitur.*

133. *Minori petenti reſtitutionem in integrum contra omiſſionem appellationis, quid incumbendum, diuerſæ Dd ſententiæ & argumenta.*

134. *Confirmata opinio exiſtimantium, prætermiſſa aut neglecta omni examinatione Minorem reſtituendum eſſe.*

135. *Si conſtet ex actu, de læſione, vlteriori probationi læſionis Minorem alligandum non eſſe.*

136. *Quid Minor per hanc reſtitutionem conſequatur.*

137. *Minoris reſtitutio ad appellandum, an proſit Maiori non appellanti, ſeu aliis conſortibus litis, additis Authoribus & argumentis, in vtramq; partem.*

138. *Fatalia appellationum an currant pauperi, & beneficium hoc proſit conſorti diuiti.*

139. *Diſtinctio Interpretum in hac præſenti quæſtione.*

140. *Benignius eſſe pauperem audiendum eſſe, ſi de iuſta cauſa litigandi conſtet.*

141. *Quis dicatur pauper, & quomodo id probetur.*

CVM in interponenda appellatione, ſolennitates quædam requirantur; & hactenus complexi ſimus cauſas, & Iudices, à quibus ea concedatur: conuenienter quoque aperiendum, quæ obſeruatio adhibenda, cum non ſatis ſit, alicui beneficium appellationis deferri, niſi & alia quæ ad ſubſtantiam & ſolennitatem ipſius neceſſaria ſunt, interueniant adeo vt ſi quid in ijs deſideretur, interpoſita appellatio nullius momenti ſit.

In hoc Capite quinto itaque declarandum, quæ tempora prouo-

prouocationis, vt loquitur *l. 6. furti*, §. 1. *ſed ſi furti, ff. de his, qui notantur infamia.* aut ſolennia prouocationis, *vt in l. ſi bonam*, 11. *C. de adminiſt. tut. &c.* vulgò fatalia appellationum, conſtituta ſint.

Vt autem tanto euidentius illuſtrari hæc materia de fatalibus appellationum poſſit, ſciendum eſt; antiquitus rem longè aliter comparatam fuiſſe, quàm nunc ſit, vt infrà patebit & hic repetendam ſupra allatam diſtinctionem ſententię definitiuę & interlocutoriæ; hancque rurſus conſiderandam &c.

In genere autem præmittendum, ab omni ſententia definitiua ſiue interlocutoria, grauamine tàm iudiciali quàm extraiudiciali hodiè intra decendium † à die latæ ſententiæ & illati 1
grauaminis, (quamuis olim aliud tempus conſtitutum fuerit, videlicet in cauſa propria intra biduum, in aliena, triduum, *l. 1. §. biduum*, 5. cum ſeq. *ff. quando appellandum*, *l. eos 6. §. fin. C. eod.* Poſtea autem intra 5. dies appellandum, Paulus *libr. 5. ſentent. tit. 33. cap. propter, 22. 2. q. 6.*) interponendam appellationem, *l. 1. §. 6.* quod in ſententijs, *ff. quando appellandum &c. authent. hodie C. hoc tit. cap. ſignificauerunt, 36. ext. de Teſtibus, cap. 32. cum dilectus, in fine, ext. de electione, cap. concertationi,* hoc tit. *in 6. Clementina, ſicut*, eod. tit. Ordinatio Cam. Imp. *par. 2. tit. 29. §. 2. Author præiud. Cam. fol.* 30. ibi tempus, 10. dierum &c. vbi hoc præiudicio confirmat, quoad extraiudicialem appellationem, *& Tilmannus, de Benignis, Pentec. 3. obſer. 29. 30. & 31.* confirmat præiudicijs à decreto extraiudiciali appellandum eſſe, intra decendium, & quidem in ſcriptis, alias appellationem effici deſertam.

Licet autem nõ appellans à decreto extraiudiciali intra decendium ab appellationis remedio excludatur; non tamen ab ijs, quæ competunt ad actus impugnationum, & hoc eſt, quod dicitur, actum nunquam tranſire in rem iudicatam.

Quod diximus, intra † decendium prouocandum, idem 2
obtinere ſtatuunt Dd. in ſententijs nullis, vt decurſo decendio appellationi non ſit locus, *Rota, deciſ. 48. in nouis*, nec ſuf-

ciat probare nullitatem ſimpliciter, niſi iuſtificet ipſam appellationem, probando legitimè interpoſitam, quia via electa ſequenda, & modus agendi attendendus eſt. *Francus in cap. dilecto, ext. hoc tit. Tom. 2. Synph. part. 2. voto, 24. nu. 15. & voto 48. num. 13. cum ſeq.*

3 Si tamen † quis ex his ſententijs appellauerit, & præſcriptione ſubmotus ſit, quod non ſecundum legem prouocauerit, minimè confirmatur ex hac præſcriptione ſententia, ſed poteſt cauſa ab initio agitari, Textus elegans in *l. ſi expreſſim, 19. ff. hoc titul.* Ratio autem ſuperiorum eſt, quia ſententia poſt 10. dies acquirit authoritatem rei iudicatæ & ſilentio ſeu facto iudicatum confirmaſſe cenſetur, *l. vlt. C. de ſentent. quæ ſine certa quantitate &c. l. ab eo, C. quomodo & quando. cap. 13. cum inter. & cap. 15. Quoad conſultationem ext. de re iudicata.* Quod capitulum declarat, hoc decendium computandum, ex die ſententiæ latæ, non ex die finiti termini.

4 Hinc † elegans dubitatio, an id decurrat non expectato euentu conditionis, v. g. Si actor iurauerit, reum ſibi debere centum, reus ſoluat, annè locus ſit appellationi, à iuramento præſtito, poſt 10. dies? Et videtur dicendum, hanc ſententiam nullius momenti eſſe, cum ea conditionalis ſit, *l. 1. §. biduum, ff. quando appellandum,* & iudicium impendenti eſſe nō poſſit, *l. non quemadmodum, 35. ff. de iudicijs,* cum ſimilibus. Secundo, cum iuramentum habeat vim probationis, probationes autem inferri debeant, ante ſententiam, hoc autem caſu, poſt ſententiam iuretur, id eſt probationes inducātur, quod admittendum non eſt, cum ordo & ſolennitas iudiciorum ita præpoſteretur, *Dd. ad l. prolatam, C. de ſententiis, & interlocutionib. &c.* Quare videtur dicendum, ſententiam ita conceptam, ipſo iure eſſe nullam.

5 His † ex communi Dd. iudicio occurrendum. Sententiam latam ſub conditionib. intrinſecus latis, & negotio principali cohærentibus ſubſiſtere, *Bartholus, Sichardus, in l. cum Iudex, C. de ſentent. & interlocution. &c. Panorm. in cap. in noſtra,* per illum text.

Digitized by Google

text, *ext. de ſepulturis, tom.* 1. *Synph: par.* 2. *tit.* 8. *vot* 6. *à n.* 8. *vſq; ad* 18. Quibus accedat Textus *in d. l.* 1. § *biduum, iuncta gl. ff. quãdo appellandum*, vbi dicitur, *Sanè quidem non eſt ſub conditione ſententia dicenda*, (*& l.* 37. *qui teſtamento, ff. de excuſation. Tutor.*) *ſed ſi fuerit dicta, quid fiet, & eſt vtile, ſtatim tempora*, † *ad appellandum computari debere*; *& cap. biduum*, 29. §. 1. 2. *q.* 6. atq; ita in Cam. Imperiali iudicatum, refert *Mynſing. cent.* 5. *obſ.* 95. *Rulant. par.* 3. *lib.* 8. *de proceſſ. iudic. interrog. cap.* 13. *num.* 39. vbi id in quadam cauſa obſeruatum refert. 6

Et ratio eſt, quod videlicet à ſententia in euentum conditionis concepta prouocandum ſit, infrà 10. dies à prolatione ſententiæ, nec ſi conditio in mora ſit exſpectãda, quoad exiſtat, quamuis enim actus conditionalis nihil ponat ineſſe, & antè impletam conditionem videatur non conſiderari, aut operari; cum per eam ſuſpendatur ſententia, eaq; pendeat, tamẽ quoad hunc actum, conditio appoſita, nõ ſuſpendit diſpoſitionẽ, quo minus à conditionali ſententia ſit appellandum, cum huiusmodi ſententia, etiam pendente conditione, cenſeatur grauamen inferre, ex quo euenire poſſit conditio, *Lancelottus de attentatis par.* 2. *cap.* 12. *limitat.* 50. *nu.* 104.

Huc pertinet, quod traditur à ſententia † data creditori electionem, ſtatim appellandum, non autẽ à die ſecutæ electionis, quamuis in incertò ſit, quod creditor ſit electurus, *l. vbi autem* 75. §. 8. *qui illud, ff. de verbor. obligat.* nam eo tempore, iudex grauamen intuliſſe cenſetur, quo ſententiam tulit, & ius eligendi creditori dedit, *Codex Fabrianus, libr.* 7. *titul.* 27. *definit. ſexta.* vbi ita in Senatu Sabaudiæ definitum refert. Quare iam inde à quo tempore lata eſt ſententia, ſub conditione, appellari debuit, vndè ſtatuitur à quibuſdam, ſtatim à delatione iuramenti eſſe appellandum neque expectandum, donec iuretur, idq; ob euitandum periurium. 7

Verũ, hæc traditio ita generaliter intellecta, non procedere videtur ex eo, q qui aduerſariũ à Iudice admiſſum in pbationis ſupplementũ, paſſus ſit iurare, exactoq; iuramẽto, ſecundũ

8 eum iudicetur, qui iurauerit, nihilominus appellare † poſſit. Quia quamuis hic cenſeatur iudicato acquieuiſſe, & conſenſum accommodaſſe, vt ita cauſa decidatur, *argumento l. generaliter C. de rebus creditis.*

Secundò non facilè ferendum ſit, vt de periurio eius, qui iurauit, quæratur, *l. vlt. ff. de in litem iuran. lib. 1. C. de reb. cred.* cum ſtari religioni debeat, *l. 21 quodſi deferente, ff. de dolo malo,* & dato iuramento nihil aliud quæratur, quàm an iuratum ſit, remiſſa quæſtione, an debeatur, *l. 5. non erit, §. dato, 2. ff. de iureiuran. &c.*

Permiſſa autem prouocatione, contrarium hic euenire, tamen vt dixi, etiam præſtito iuramento, appellatio non improbanda, cum non obſtante appellatione, ſi quæ interpoſita fuiſſet, iurari potuiſſet, fauore probationum ne intercidant, *d. l. generaliter*; neque metuendum eſt, ne periurij reus fiat, qui iurauit, nam appellans non contendit periurum fuiſſe aduerſarium, ſed deferri ei iuſiurandum non debuiſſe, factumque iudicis per hanc appellationem impugnatur, aliàs nunquam admitteretur appellatio, à ſententia iuramento deciſa, quod falſum eſt & ita definitum in *Senatu Sabaudiæ*, refert *Codex Fabrianus, lib. 7. tit. 29. defin. 9.* nam non ſolum à delatione, ſed
9 etiam à præſtatione iuramenti, appellari † poſſe, ſi id ſimpliciter delatum ſit; refert *Mynſingerus, cent. 5. obſeru. 95. in fine, & cent. 1. obſer. 39. cent. 2. obſ. 14. Tom. 2. part. 2. vot. 41. numer. 1. Tom. 4. par. 1. voto 32. num. 1. Author præiud. Cam. in verbo iuramentum, fol. 164.* vbi hoc ipſum præiudicijs confirmat, videatur *Tilman. de Benignis, Pentec. 4. obſ. 43. Pentec. 7. obſ. 42.* vbi latiſſimè tractat, an à delatione, item præſtatione iuramenti, etſi neq; ab his appellatum, à ſententia poſtea ſecuta, prouocari poſſit, *& Dd. ad d. l. generaliter.*

Porrò, quod dictum eſt, intra decendium, appellationem eſſe interponendam, & quidem ab omnibus, nam & militibus, licet multis priuilegijs ſubnixis, appellandi tempora non remittuntur, *l. qui ſuſpectam, 20. §. militibus &c. ff. hoc titul.* &

omni

Digitized by Google

omni cauſa, † etiam feudali, *Gloſſa & Feudiſtæ in cap. final. tit.* 10
Quo tempore miles &c. Mynſing cent. 5. obſ. 5. nu. 5. Nec obſtat
cap. 1. §. Sancimus Tit. Quo tempore miles, & c. quia altum *in d. §.*
de appellationis interpoſitione ſilentium, cum hoc tempera-
mento accipiendum, modo condemnati † ſcientiam, habeant 11
ſententiæ contra ipſos latæ, *l. 1. § dies, 7.* iuncto *§. fin. ff. quando*
appellandum, l. 1. C. de temporib. appell. l. 3. ab eo, C. quomodo &
quando Iudex, l. 4. ſi is quem, C. de liberali cauſa, cap. concertationi,
hoc tit. in 6. Mynſing cent. 2. obſ. 2. vbi refert, in fine idem in Ca-
mera obſeruari, vnde à ſententia dubia, vel obſcura, differenda
† appellatio, donec de grauamine conſtet, iudice confirman- 12
te, vel declarante ſententiam, ab hocque tempore confirmatæ
vel declaratæ ſententiæ decendium computandum, quod ex-
emplo declarat, *Mindanus, de Proceſſibus lib. 1. cap. 8. num* 8.
Nec ſuperioribus obſtat *d. l. 1. §. biduum, 5. ff. Quando appellan-*
dum, authent. hodie, C. hoc tit. Nouella. 23. cap. 1. cap Quoad con-
ſultationem. 15. ext. de re iudic. cum ſimilibus. Quibus paſſim ca-
uetur, hoc tempus appellationis, à die latæ ſententiæ, ſeu eius
prolatione computandum; nam illi textus generaliores ſunt, 13
vt excludant ſcientiam victi.

Hoc igitur tempus, † à tempore ſcientiæ, in præiudicium
latæ, & facultatis numerandum, nam impedito imputari ni-
hil poterit, ſi idoneas cauſas allegare poſſit, quibus impeditus
non prouocauit, in quam rem ratio textus ponderari poteſt,
in l. 11. Miles, §. quidam, 5. ff. de adulteriis, in hæc verba,
Quidam accuſare volebat adulterij mulierem, & poſtulabat, ne ſibi
computarentur dies, quos in cuſtodiam feciſſet me hoc admittente ex-
ſtitit, qui mihi contradiceret cuius opinionem, an tu probes rogo ma-
turius mihi ſcribas. Reſpondit: opinionem tuam, & verba legis &
ſententia adiuuant. cui placuit, vtiles dies accuſatori computandos
eſſe, id eſt, *quibus potuit, accuſationis ſolennia implere: Quare ſine*
dubio dies, quibus quis in cuſtodia fuit, extra computationem vtilium
dierum, exiſtimanti tibi conſtitutos, contradici non debuit.

An autem idem obtineat in tertio, in diſceptationem vo-
cari

14 cari poteſt, an videlicet à tempore † ſententiæ, vel ab eo die, quo actor principalis ſciuit, ſententiam latam, an verò à tempore propriæ ſcientiæ, 10. dies eidem computandi ſint? Sciendum eſt, non eſſe quæſtionem de tertio, cui nec ex natura cauſæ, nec ratione ſcientiæ, ſententia noceat, huic enim non eſt neceſſè appellare, ſed regula iuris, ex qua res inter alios acta, alijs non præiudicat, vtenda eſt, ſed de illo, cui ſententia præiudicium inferat, de quo ſuprà *in cap.* 2. dictum eſt.

Pro reſolutione propoſitæ difficultatis conſtituo referre, an tertius interpoſitam appellationem proſequi velit, & eum admittendum, etiamſi non appellauerit, exemplum in legatario, *l. à ſententia* 5. §. 2. *idem reſcripſit*, *l. ſi perluſorio*, 14. *ff. hoc tit.* item in emptore, authore enim appellante. Deinde, in cauſæ defenſione ſuſpectus viſus ſit, eum non ex fide cauſam agere, perindè emptori defenſio cauſæ committenda, ac ſi ipſe appellaſſet, *l. ab executore*, 4 §. 3. *idem ſi emptor, ff. hoc titul.* Sin autem tertius principaliter appellare velit, videbatur à tempore ſententiæ, eidem decendium computandum; cum enim ſententia noceat tertio etiam ignoranti, & ſic tranſiuerit in rem iudicatam, ab hoc denegandam appellandi facultatem. Huc accedat, tempus 10. dierum ſubſtitutum eſſe in locum bidui & tridui, quod olim dabatur ad appellandum, tertium autem, cuius intereſt, ſecunda die prouocare debuiſſe, *l.* 2. §. 1. *ſed ſi alius, &* §. 3. *l.* 1. §. *in propria, cum ſeq. ff. quando appellandum*, hocque biduum, à die ſententiæ latæ, computatum fuiſſe, *l.* 1. §. *biduum*, 5. *ff. eodem.*

15 Contrarium tamen receptum eſt, ſi enim ipſis litigantibus dies † appellationum computentur, à die ſcientiæ, iuſtiori ex cauſa, tertio non cedent, niſi ab illo tempore, qui nunquam liti adfuit, poterit itaque tertius, cui ſententia nocet ex natura cauſæ, ab eadem appellare, intrà diem, ex quo ſciuit ſententiam latam, prout pluribus confirmat *Couarr. pract. quaſt. cap.* 15. *nu.* 2. *&* 4. vbi exiſtimat, aliud obtinere in venditore, vt huius appellatio admittenda non ſit, niſi intrà decem dies,

ab eo

Digitized by Google

ab eo die, quo emptor ſciuerit, ſententiam fuiſſe latam, appellet.

Quod tamen difficultate non caret, benignius enim videtur, venditori tempus appellationis † non imputandum, niſi à tempore ſcientiæ, caſu, quo venditor nomine euictionis teneretur, *l. ab executore*, 4. §. *item ſi*, 3. *ff. hoc tit. l.20. ſi Parentes, C. de Euictionibus*, vbi refertur, emptore non appellante, auctorem appellari poſſe, ex quo autem tempore, an ſcientiæ, aut verò ſententiæ latæ nihil exprimitur, ideoque ex alijs legibus ſupplendum, quibus cauetur, decem dies præfixos, appellationi, à tempore ſcientiæ computandos, iuribus ſuprà allegatis. 16

Nec ad rem facere videtur, quod venditor veniat pro defenſione emptoris, & ſuſcipere teneatur cauſam in ſtatu, in quo reperitur, nec etiam differentiæ allegatæ à *Couarruuia* inter legatarios & venditores, læſi enim ſiue directè aut indirectè, ſiue principaliter, aut per conſequentiam, appellatio iure improbanda non eſt, & quidem à tempore ſcientiæ.

Ex his oritur quæſtio, cum à tempore † ſcientiæ interponẽda ſit appellatio, idque intelligendum de ſcientia vera & non præſumpta, *Rota, deciſione*, 369. *Cardinalis, in clement.* 1. *de dolo, & contumacia*, *Felinus*, *in cap. quoad conſultationem, ext. de re iudic.* cui onus incumbat, probare, quem ſciuiſſe ſententiam latam, vel non, & ratio ſuadere videtur, vt ſcientiam alleganti talis neceſſitas imponatur, cum ignorantia plerumq; præſumatur, *l. verius*, 21. *ff. de probationibus, capit. præſumitur*, 47. *de Regul. iur. in 6.* 17

Vndè conſilium eſt, vt ad tollendam hanc excuſationem quis mittat authenticum exemplum ſententiæ latæ, & præſentibus ſpectatæ fidei hominibus, illud inſinuare curet, vti ſuadent *Salicetus*, *Caſtrenſis*, *Sichardus*, & *alij*, *in l. ab eo, C. quomodo & quando Iudex &c.* quamuis ignorantia iuramento probari poſſit, vt obſeruatum refert *Rulantus, par.* 3. *de Proceſſ. iu-*

dic. interrog. lib. 8. *cap.* 13. *nu.* 41. & faciunt allegata à *Gail, lib.* 2. *obſ.* 48. *nu.* 23. *cum ſeq.*

18 Hoc itaq; tempus † appellationis interponendæ in principio erit vtile, in progreſſu continuum, & curret de momento in momentum, vt etiam feriæ includantur, *l.* 1. *C. de feriis* nec compromiſſo partium, nec per iudicem prorogari poſſit. *gloſſa* communiter approbata, *in cap. cum ſit Romana, in verbo receſſius, extr. hoc titul.* nec etiam minui, ita communiter obſeruari refert *Bardus, in Tractatu, de Tempore vtili, cap.* 3. *num.* 4. & probat *Lancelottus, de attentatis, capit.* 11. *numer.* 3. 4. *& ſeq. Ordinatio Cameræ Imperial. parte ſecunda. titul.* 29. §. Es ſollen auch die &c. quod expreſſius ſtatuitur *Comitiis Imperij Ratiſponæ habitis, Anno* 1532. §. Nemblich vnd zum Erſten &c. *fol. mihi,* 232. *Mynſingerus, cent.* 2. *obſ.* 68. *& cent.* 3. *obſ.* 11. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 139. *nu.* 6.

19 Conſuetudine † tamen, vel ſtatuto, introduci poſſe, vt poſt decem dies appellari poſſit; concluditur *authorit. gloſſa, in l. præſcriptione* 2. *C. ſi contra ius, vel vtilitatem publicam &c.* quam, ſingularem deprædicat *Lancelottus, de attentatis, limitat.* 50. *numer.* 164. Non tamen, prima dies † appellationis computabi-
20 tur tota, ſed momentum, hora, punctus illius diei, v. g. ſententia lata, hora 10. ante meridiem, primo die menſis, interpoſita appellatio, hora 9. ante meridiem, vndecimo die menſis, ſubſiſtet, computando decendium de momento ad momentum, *Gail, lib.* 1. *obſ.* 139. *nu.* 5. & ita fuiſſe in Cam. Imp. receptam appellationem, atteſtatur *Author præiud. Cam. fol.* 30. *in verbo appell. fatalia &c.* ibi, *& etiam admiſimus &c.* diſſentientibus rectè reſpondet *Rulantus, de Commiſſariis, lib.* 5. *de proceſſu poſt traditionem, cap.* 13. *nu.* 15. Hinc optimo iure *dictis Comitiis Anno* 1523. §. Zum andern &c. *fol.* 232. conſtitutum, vt dies menſis & hora latæ ſententiæ actis inſcribatur, & *Comitiis Imperij, Anno* 1529. *habitis,* §. Vnd damit auch &c. *fol. mihi,* 180.

Verum, quæſtionis eſt; Procuratore exiſtēte apud acta, eoq;
21 non prouocante, an poſt 10. dies † pars à lata ſententia prouocare poſſit? Omiſſa

Omiſſa longiore inueſtigatione, videtur hanc quæſtionem deciſam eſſe, *in l. 1. §. finali. ff. quando appellandum*, *iuncta l. 4. ab executore, §. ſecundo. alio, ff. hoc titul.* in hæc verba. *Quod autem dicitur, abſentem poſſe prouocare, ex quo ſcit; ſic accipit, ſi non in cauſa per Procuratorem defenſus eſt, nam ſi ille non prouocauit, difficile eſt, vt hic audiatur.* Quo verbo, (*difficile*) dubium eſt, quid velit I. C. ſimilis modus loquendi eſt, in *l. 1. §. in ſpecie, ibi difficilius Creditori, ff. de pignoribus &c. & in l. ſi ſine, 22. §. ſi in ſtipulationem, 7. ff. rem ratam haberi.*

Verum Iuris Conſulti ſoliti erant, ſententiam ſuam, ſi quid difficultatis, aut dubij ſubeſſet, honeſtis verbis exprimere, vti animaduertit *Duarenus, lib. 2. diſputat. cap.* 11, *vti in d. §. final.* facit *Vlpianus*, cuius ſententia eſt, difficile dominum audiri, id eſt vt à tempore ſcientiæ appellare poſſit, nam non admittitur poſt 10. dies, à tempore prolatæ ſententiæ, niſi cauſa cognita *Hartmannus Hartmanni, tit. 19. obſ. 3. Codex Fabrianus, lib. 7. tit. 26. definit. 27.*

Nec amplectenda interpretatio † *Fachinei, ad d. §. vlt. lib.* 22
10. *illuſt. controu. cap.* 97. Exiſtimantis, procuratore contumacæ exiſtente, perinde eſſe, ac ſi non fuerit defenſus, per Procuratorē, ideoq; à die ſententiæ appellari poſſe, cum hanc interpretationē *d. §. vlt.* non recipiat, vt patet conſideranti. Itaq; ſi quis per Procuratorē defendatur, 10. dies à recitatione ſentētiæ numerandi ſunt, *cap. anteriorem, 28. verſ. Sancimus, 2 q. 6.* quia Procuratoris negligentia in non appellando, nocet domino, *Grau. ad Gail, concl. 45.* vbi authoritatib. & præiudicijs id confirmat imputari debet domino, qui tali commiſit ſua negotia, *l. 23. cum mandato, ff. de Minoribus*, & ita ſi in cauſa quis † per Procuratorem 23
defenſus ſit, tempus ſententiæ conſiderari, præiudicijs Camer. Imp. confirmat *Rulantus, par. 3. lib. 8. de proceſſ. iud. interrog. cap. 13 nu. 41. verſ. ſi habuit Procuratorem &c. tom 5. Synph. relatio: 1. n. 2.*

Quod eò producitur, etiam ſi allegaretur, Procuratorem non fuiſſe auſum, metu carceris appellare, nam poſt decem dies interpoſita appellatio non recipienda, quia Procurator

 petuit,

potuit, coràm Notario & teſtibus, ſine periculo prouocare, aut vti beneficio *l. 2. C. de his, qui per metum iudicis &c. l. 7. cum quidam, ff. hoc tit. cap. fin. ext. eod.* & hac ratione proceſſus denegatus, refertur *Tom. 1. Synph. par. 2. tit. 17. fol. 321. ibi D. R petitos &c.* cauſa cognita tamen audiendus † eſt, etiamſi quis defendatur in cauſa, per Procuratorem, in cuius cognitione hoc verſabitur, vt ſi proponatur, abſente Procuratore latam eſſe ſententiam, tunc decendium à tempore ſcientiæ computandum, *Mynſing. cent. 2. obſ. 2.* circa finem, *tom. 4. Synph. par. 1. voto* 50. circa principium.

Secundo ſtatuitur à quibuſdam, conſtituto Procuratore, tantùm ad vnum actum, dominum à die ſcientiæ prouocare poſſe.

25 Tertia declaratio eſt; ſi Procuratorem non appellantem, non ſoluendo eſſe dicatur, *l. 12. itaq; Fullo, ff. de furtis, l. fin. §. planè, ff. de eo per quem factum &c.* hîc enim dominum reſtituẽdum eſſe, *Gail, lib. 1. obſer. 45. num. 7.* vbi refert, hoc caſu, domino non currere tempus decendij, niſi à tempore ſcientiæ ſententiæ latæ.

Alij addunt, probandum ſe læſum ſententia, id eſt bonum ius in cauſa fouere, *Lancelottus, de attentatis, part. 2. capit. 14. num. 4.*

26 Porrò, cum quidam ab hoc in foro recepta † ſententia diſcedant. Primò, quod nullo iure hæc reſtitutio in integrum domino concedatur. Secundo, ſibi imputet, qui huic ſua negotia, & non melioris fortunæ commiſerit. Tertio, *l. itaq; Fullo,* in alium caſum conceptum eſſe, & *d. l. fin. §. planè,* non de dolo Procuratoris, ſed alterius loqui &c. Ideò res paulo aliter dirigenda videtur. ſi itaq; conſtet colluſionem interceſſiſſe, tunc Procurator mandati tenebitur, *l. à Procuratore, 13. Cod. mandati, l. ſi Procurator, 10. C. de Procurat. l. qui, 46. §. Procurator, ff. eod.*

Sin autem Procurator ſoluendo non ſit, actio de dolo danda eſt, *Tex, ſingularis, in l. 8 ſi Procuratorem, §. 1. ſed etſi, ff. man-*

Digitized by Google

mandati, l. & eleganter, 7. §. 9. ſi dolo malo, ff. de dolo malo, neq; reſtituendus Dominus videtur; nam vbi huic remedio locus eſt, non competit actio de dolo, *l.* 1. §. 5. *idem Pomponius refert, ff. de dolo malo.* Nec obſtat *l. diuus*, §. 1. *ff. de in integ. reſtitut.* ibi, *etenim deceptus ſine culpa ſua, maximè ſi fraus ab aduerſario interuenerit. ſuccurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere ſoleat, & boni Prætoris eſt, potius reſtituere litem, vt ratio & æquitas poſtulabit, quàm actionem famoſam conſtituere &c.* quia hoc procedit, vt *d.* §. inſinuat, cum ratio & æquitas id poſtulat. In propoſita autem facti ſpecie, legem ipſam non concedere, patet *ex d.* §. 1. *ſed etſi per colluſionem &c.* nec rationem, nè colluſio aduerſarij impunita maneat.

Sin autem & hunc † non ſoluendo eſſe proponamus, ſanè 27 dominum reſtituendum puto, ex ratione *l. fin.* §. *planè*, 1. *ff. de eo per quem factum &c.* Quamuis enim *d.* §. loquatur de eo, qui dolo fecerit, quò minus in iudicio ſiſtatur, tamen ratio ibidem allegata, videlicet, *æquum erit, aduerſus ipſum reum reſtitutoriam actionem competere, ne propter dolum alienum, reus lucrum faciat, & actor damno afficiatur.* Ad hanc, & ſimiles ſpecies, accommodari poterit, & argumento *l. cum mandato*, 23. *ff. de Minorib.* Nec ad rem facit, domino imputandum tali ſua negotia committenti; quid enim ſi Procurator ab initio fuerit ſoluendo, & medio tempore calamitas ipſi inſignis vel magna inopia acciderit, aliaq; interueniant, quæ Dominum à negligentia defendant, humanior ſanè eligenda ſententia eſt, quæ domino, in integrum reſtitutionis beneficio ſubuenit, cui ſubſcribit *gloſſ. in cap. 2. in verbo negligentia. ext. de in integ. reſtitut.* Et authores, quos citat *Gail, lib. 1. obſ.* 45. vbi *num. 9. in Camera Imper.* citationes ad videndum reſtitui, decerni refert, ſi narretur Procuratorem non eſſe ſoluendo. Et præiudicijs confirmat *Rulant. par. 3. lib. 9. de remed. conſeruand. cap. 15. num.* 11. *tom 2. Synph. par. 2. voto* 18. *nu.* 10. *cum ſeq.*

Procuratorem † autem ſoluendo eſſe, nec nè, aliquandò in 28 iure, & rei natura conſiſtit, v. g. ſi cauſa fuerit matrimonialis,

ſtatus infamiæ, aut alterius rei, quæ non recipit æſtimationem pecuniariam, hoc caſu, reſtitutio ſtatim, abſque vlteriori diſcuſſione, concedi poteſt, *Salicetus in authent. hodiè*, ibidem *Baldus, C. hoc tit.* Aliquando in facto mero conſiſtit, quando agitur ad rem pecuniariam, tunc per excuſſionem explorandum ſoluendo ſit nec ne.

Excutienda hic, & alia quæſtio, an appellatio tertij nomine alterius, abſq; ſpeciali mandato, admittenda ſit? mouet dubitationem, quod actus iudiciarij legitimè fieri debeant, per perſonas ſpeciale mandatum habentes.

29 Verum, ſi de ratificatione conſtet, cuius nomine interpoſita appellatio, & quidem intrà † decendium, ea non improbanda. Dico, *intrà decendium*, quia ratificatio fieri debet, intrà tempus legitimum, ſiue vt *Dd.* loquuntur, tempus habile, *l. bonorum, 24. ff. rem ratam haberi, l. 86. Pannonius, ff. de acquirenda hæredit. l. 5. cum f.'' familias, in fine principij, ff. quis ordo in poſſeſſionibus ſeruetur.* Et hanc doctrinam præiudicijs confirmat *Author præiud. Cam. in verbo appellationis materialia, fol. 29. in fine, Rulantus, par. 3. lib. 8. de proceſſ. iudic. interrog. cap. 13. nu. 26. verſ. ſi ſtatim docuerit, tom. 4. Synph. par. 1. voto, 52. nu. 64. verſic. deinde, & tom. 5. Synph. fol.* 290 ibi *votum in cauſa.*

30 Idem iudicium eſſe creditur in † tertio, vt hic ſi alterius appellationi adhærere velit, præteritis 10. diebus fruſtrà ratam habeat, prouocationem per alium interpoſitam, *Tex. cum gloſ. in cap. circa, in verbo adhærentes, de Electione, in 6. & cap. non ſolent, 30. 2. q. 6. iuncta l. non ſolent, ff. de appell. recip. in verbis, quod mox ratum habetur, Gail, lib. 1. obſ. 122. nu. 5.* Et ratio hæc conſiderari poterit, quod eadem ſolennitas, quę in actu conficiendo neceſſaria ſit, requiratur in actus ratificatione, *Aſinius, in tract. de executionibus. cap. 44. §. 5.* quod ipſum probat deciſionibus *Gregorius Tholoſ. tract. partit. Iur. Canon. lib. 5. tit. 15. cap. 4. lit. C. in medio,* (licet repugnet *Hartmannus Hartmanni pract. quæſt. tit. 5. obſ* 10. quam controuerſiam componere videtur *Grauaeus, ad Gail, concl. 122. conſid. 2.*)

His

Digitized by Google

His autem caſibus decendium rurſus computandum, non à tempore latæ ſententiæ, ſed à quo cognouit ſententiam latam, *Maranta, par. 6 hoc tit. de appell. nu.* 218. Receptum enim eſt, à ſententia contra alium lata, ſufficere, vt intrà decendium ex die † notitię appellet is, cuius intereſt. Nec obſtabit, quod cõdemnatus intrà 10. dies non appellauerit, cum appellãdi tempora non currant, niſi à die ſcientiæ, *Codex Fabr. lib, 7. titul. 26. defin.* 10. vbi, ita *in Senatu Sabaudiæ* definitum refert. 31

Quæ dicta ſunt de tempore appellationis interponendæ, à ſententia definitiua, ſiue interlocutoria lata, transferenda, † & obſeruanda, in grauamine tàm iudiciali, quàm extraiudiciali illato, à die nimirum grauaminis, intrà decendium eſſe appellandum. 32

Quod cum hoc temperamento intelligendum, ſi grauamẽ ſit momentaneum; à grauamine enim ſucceſſiuo, quam diu illud durat, ſine huius temporis præfinitione, appellatur, *cap. ex par.* 47. *ext. hoc tit.* ibidem *Canoniſtæ, Maranta, hoc tit. de appellat. nu.* 216. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 139. *nu.* 13. *Lancelottus, de attentatis, cap.* 12. *limitat.* 50. *nu.* 149. E. G. ſi quis citetur ad locum non tutum, poterit, inquit *Text. in d. cap.* 47: *ex parte &c. quoties ad illos Iudices vos euocari contigerit, ad quorum præſentiam, vobis periculoſum eſt ire, liberè appellari, niſi iudex pronunciet locum tutum eſſe*, Tex. ſingularis, *in cap.* 7. *Venerabilibus*, § *porrò. verſ. ſed ſi iudex pronunciaſſet &c. de ſentent excommun. in* 6. iuncto *d cap ex parte*, 47. *ext. hoc tit.* vbi diſertè habetur, ſi iudex pronunciet locum ſecurum, lata interlocutoria, non appellantem intrà decendium, nullatenus audiendum.

Aliud † & elegans exemplum grauaminis continuã cauſam habentis, extat apud *Authorem præiud. Cam. in verbo, appellare à quibus, fol.* 34. ibi, Als die Ritterſchafft rc. vt publico Edicto Principis, interdicta venatione Nobilibus, eiusq; rei nomine interpoſita appellatione, temporibusq; prouocationum tracto negotio, cum Principe tranſactis, ex integro appellari poſſit, cum grauamen ex edicto continuam cauſam habeat, & id de præſenti duret &c. 33

Secun-

Secundo, ad formam interponendæ appellationis requiritur, vt viua voce incontinenti, ex interuallo inſcriptis appelletur.

Quod, vt dilucidius apparere poſſit, non abs re me facturum duxi, ſi, qua ratione antiquitus appellatum fuerit & quid hodiè receptum ſit, explanarem.

Ex Liuio itaq; conſtat, formulam appellationis interpo-
34 nendæ fuiſſe, *prouoco*, † *vel appello*, lib. 2. *Conſules ſpoliari hominem, & virgas expediri iubent, Prouoco*, inquit *Volero, ad populum*, & *lib.* 1. *decad.* 1. ibi *P. Horatij, tibi per duellionem indico, I lictor colliga manus*; tum Horatius, authore Tullo Clemente Legis interprete, *Prouoco*, inquit, & *lib.* 3. *de Appio*, de quo ſuprà mentionem fecimus, *ibi*, ſi indicta cauſa, in vincula ducatur, iterum ſe ad Tribunos plebis appellare, quod ſi Tribuni plebis eodem fœdere obligatos ſe fateantur, *ait*, ſe prouocare ad populum. *Seneca, lib.* 3. *controuerſ.* Seruus, qui Domino ægrotanti, venenum petenti denegabat, qua de cauſa iratus Dominus, teſtamento cauerat, vt crucifigeretur, ad Tribunos plebis, & ipsã Legem Corneliam de veneficijs prouocans, Lex ait, *te appello*, alias, & plures authoritates, in hanc rem, refert *Briſſonius*, *de Formul. Roman. Imper. lib.* 5. *fol. mihi*, 465. ibi *cæterum à Iudice &c.*

35 De iure *ff.* & *C.* ſi quis apud acta † appellauerit, ſatis eſt, ſi dicat appello, *l. ſed ſi*, 2. *ff. hoc tit. l.* 14. *litigatoribus*, *Cod. eodem*, quo iure & nunc vtimur, idq; ſufficiat, vt ad iudicem appellationis, cauſæ cognitio deuoluatur, *Codex Fabr. lib.* 7. *tit.* 26. *definit.* 12.

In Iure Canonico autem reperitur & alius modus appellãdi, facto ipſo, veluti, itinere arrepto, verſus Romanam Eccleſiam, *cap. dilecti*, 52. *ext. hoc tit.* vel implorato Patrocinio Summi Pontificis, *cap.* 34. *ad audientiam, ext. hoc tit.* modò illa ſub-
36 iectio protectionis † inſinuetur, intra tempus debitum, & cõtra certum grauamen: nam generalis protectio non eximit à proprij iudicis iuriſdictione, text, *elegans, in cap. ex part.* 18. *ext.* *de Pri-*

Digitized by Google

de Priuilegiis. Hinc illud genus diplomatis principalis, quo quis ſe, ſuaq; omnia, in Principis protectionem, etiam ſpecialem inſinuat, de ordinaria inferiorum Iudicum iurisdictione nihil detrahit, *Codex Fabr lib. 3 tit. 12. definit 5.*

Verum, † quæſtionis admodum eſt controuerſæ, quando quis dicatur, apud Acta appellare, ſiue vt ait *l. 14. litigatoribus, C. hoc tit.* ilicò appellare. 37

Qua in re, omiſſis diuerſis opinionibus, de quibus *Marant. hoc tit. de appell. num.* 137. Si Iuris Com. definitionem intueamur, præferenda videtur, opinio exiſtimantium, quod incontinenti dicatur appellari, iudice ſedente pro tribunali, etiamſi diuerterit ad alios actus, dummodò eodem die fiat, ponderata, *l. 5. à ſententia, §. 5 ſi quis ff. hoc tit.* Si quis, *inquit Textus*, ipſo die inter acta, voce appellauit, hoc ei ſufficit, &c. & faciunt notata *ad l diuus, 7. ff. de in integ reſtit.*

Communis tamen opinio, qua receptum, in continenti cenſeri prouocatum, ſi in puncto latæ ſententiæ prouocetur, nec ad alios actus diuertatur, repudianda non eſt, quæ confirmatur ab Imperatore Maximiliano, *Conſtitut.* Von Ordnung der Notarien ꝛc. *Anno* 1512. *titul.* Von Appellation Inſtrumenten ꝛc. *in princip. verſic.* Aber von einer ꝛc. in hæc verba, Aber von einer Endurtheyl / dauon zu appelliren / nicht verbotten / mag ohn außtruckung der Vrſach / auch ohn Schrifft / ſondern mündlich appellirt werden / wo das im Fußſtapffen / nach eröffnung der Vrtheyl / das iſt ehe dann zu andern Sachen gegriffen wird / geſchicht ꝛc.

Sin autem † inter acta non appelletur, ad libellos appellatorios recurrendum erat, de Iure Communi enim omnis appellatio coram Iudice fieri debet, aut voce, aut libello ei dato, *l. 1. §. dies, cum ſeq. ff. Quando Appellandum, l. 5. à ſententia, §. 5. ſi quis ipſo, l. cum quidam, 7. ff. hoc tit.* ad quos dandos, biduum, vel triduum computabatur, *d. §. 5. ſi quis &c.* Hi verò libelli appellatorij, qui Iudici A QVO dabantur, ſi copia eius fuerit, *d. l. 7. cum quidam*, aut ſi ipſius, A QVO appellauit, adeundi facul- 38

Digitized by Google

tatem non habuit, ei AD QVEM prouocatum dabantur. *l. 1. §. dies, cum aliquot ſeq.* vbi declaratur, adeundi iudicis facultatem fuiſſe. *ff. quando appelland.* ita concipiendi erant, vt haberet ſcriptum, quis appellet, aduerſus quem, & à qua ſententia, *l. 1. § fin. libelli. ff. hoc tit.* Et propter hęc omiſſa, appellationem deſertam pronunciatam refert *Author præiud. Cam. in verbo, appellatio in ſcriptis, fol. 19* ibi, *quando appellatur &c.* non tamen neceſſe erat, in libellis ſignificare, à qua parte ſententiæ appellaretur, *l. appellanti, 13. ff. hoc tit.*

39 Porrò, † interpoſita appellatione, literæ dandæ ab eo à quo appellatum, ad eum, qui de appellatione cogiturus erat, quas literas dimiſorias, ſeu Apoſtolos appellant. *l. vnica ff. de libellis dimiſſoriis. l. Lucius, 9. ff. de iure fiſci, Paulus, lib. ſententiar. 5. tit. 34.* vel libelli dimiſſorij, aut ſecundum *Cuiacium, lib. 24. obſ. cap. 29.* relationes dicuntur, ſic dicti, quod per eos cauſa ad eum, qui appellatus eſt, dimittatur *l. dimiſſoria, 106. ff. de verb. ſignific.* qui tamen non confundendi cum libellis appellatorijs.

40 Senſus autem † literarum talis erat, appellaſſe (puta) Lucium Titium, à ſententia illius, quæ inter illos dicta eſt, *d. l. vnica, §. 1. ff. de libellis dimiſſor.* & petendæ erant inſtanter, & ſæpius, etſi non accipiebat, idipſum conteſtandum, *d. l. vnica, §. final.* nam inſtantiam repetentis dimiſſorias conſtitutiones deſiderabāt, vndè ſi peripſum non ſteterit, ſed per Iudicem, *d. l. vnica. l. ſi appellationem, 31. C. hoc tit.* aut per tabellarium, cui Apoſtoli perferendi dati ſunt, *l. 5. præſes, Cod. hoc tit.* æquum erat, nè hoc accipienti noceat. accipiendis deniquè, & reddendis Apoſtolis, olim præſcripti erant quinq; dies, *cap. 22. propter cap. 24. ab eo, 2 q. 6.* & ijs redditis, inter alios quinq; dies, cautio erat interponenda, de præſtanda pœna, ſi appellator appellationē deſeruiſſet, vel ſi eum non iuſtè appellaſſe, pronunciatum eſſet, *vti conſtat ex Paulo, libr. ſentent. 5. titul. 36. Cuiacio, libr. 24. obſer. cap. 29.* Sin autem Iudex appellationem non recipiebat, opinionem ſuam confeſtim per relationem manifeſtare, & cauſam pro qua non receperit appellationē, eiuſq; exemplum litigatori

tori

Digitized by Google

tori edere cogebatur, *l ſciendum, 6 ff. de appell. recip. vel non, l. 19. à Proconſulibus, C. hoc tit.* Hinc Preces refutatoriæ, vel libelli refutatorij nati, *l. 1. C. de relation. Cuiacius, lib. 22. obſ. cap. 33* quos perperam communiter vocant libellos refutatorios, vt infrà latius patebit.

Et hæc de antiquibus ſolennib. appellationum ſuffecerint; conſequens eſt, vt inquiramus, quo iure nunc vtamur.

Et in primis ſciendum, † hodiè Apoſtolis dandis, reddendisq; ex conſtitutionib. 30. dies præſciptos eſſe, *l. Iudicibus, 24. C. hoc tit cap. ab eo, 6. hoc tit. in 6.* eosq; à die ſententiæ computãdos, *d. l. iudicibus. Maranta hoc tit. nu.* 220. quæ ſententia crebrius recepta eſt, teſte *Mynſing. cent 4. obſ. 36.* 41

Similiter, † nec cautionẽ de exercenda prouocatione præbendam eſſe, hanc enim ſponſionum ſeu cautionum antiquã obſeruationem, videntur ſuſtuliſſe, Imperatores, *in l. eos, §. vlt. C hoc tit.* & in locum cautionis, ea videtur indicendæ prouocãtibus mulctæ, ratio ſucceſſiſſe, de qua *in l. 43. C. Theodoſiano, de appell.* vbi dicitur, prouocantibus mulctas, niſi ex noſtris decretis, non patimur imponi, id eſt, non litigatorum amplius arbitrio, ſtatuendas eſſe iniuſtè prouocantium pœnas, ſed maiorũ, qui de appellatione cognoſcũt, iudicum decretis, quæ mulcta prouocantibus impoſita, præiudicialis appellatur, *l. 44. l. 50. l. 95. C. Theodoſ. hoc tit.* quod ea, propter præiudicium, id eſt, rem iudicatam prius, & temerè appellatam, indiceretur, prout multis authoritat. confirmat *Iacobus Rænardus, lib. 5. cap. 10. nu. 7. & aliquid Cuiacius lib. 21. obſ. cap. 33. in fine.* 42

Eadem ratione, † ſi interponetur appellatio, à definitiua ſententia, vel interlocutoria vim definitiuę habente, in iudicio, viua voce incontinenti, idq; actis inſerendum, vt *Comitiis Imperij, Anno* 1523. §. Zum andern 2c. *fol. mihi,* 232 Sancitum, *Mynſing. cent. 3 obſ. 15. circa principium, Maran. hoc tit parte 6 num.* 136. Sin extra iudicium, in ſcriptis appellandum, ſeu vt I. C. loquũtur, ad libellos appellatorios confugiendum, *l. à ſententia, 5. §. 5 ſi quis ff. hoc tit.* Quamuis in cauſa criminali ilicò appellan- 43

dum, nec lapſum decendij exſpectandum, exiſtimet *Codex Fabrian. lib. 7. tit. 26. definit.* 21. Et ita conſuetudine receptum eſſe, refert *Iulius Clarus in practica crimin. q. 96. num.* 1. *cum ſeq.* alias in omni cauſa ſecundum Ius Commune, intrà decem dies, ex interuallo, in ſcriptis appellari poteſt, *l. litigatoribus*, 14. *C. hoc tit. ibid. Dd: cap. cordi, vbi Canoniſtæ, hoc tit. in* 6. cum forma requiſita, de qua infrà &c. quia appellatio non ritè facta non ſuſtinetur nihil enim refert, an nulla appellatio interpoſita ſit, an non eo modo quo interponi debuit, *argumento, l. nulla,* 2. *ff. de Authoritate Tut. l.* 6 *quotiens, ff. qui ſatisdare cogantur*: etiamſi delatum ſit appellationi, quare conſultius eſt, vt viua voce, quam ex interuallo, inſcriptis appelletur; cum facilè in conceptione inſtrumenti, ſchedulæ appellationis, vt Pragmatici, ſeu vt I. C. loquuntur, libelli appellatorij peccari poſſit.

Secundò, cum appellatur in ſcriptis, quæ ſcripta libelli appellatorij dicuntur, *l.* 1. §. *fin. l.* 5. *à ſententia*, §. *fin. ff. hoc tit.* iudici A QVO id inſinuandũ, ſeu libellus appellatorius ipſi porrigendus, cum regulariter appellationes, coràm iudice A QVO
44 fieri debeant, eidemq; inſinuari: alias ſi copia eius † haberi nequeat, vtendum beneficio, *l. cum quidam*, 7 *ff hoc tit. l.* 2. *his qui, C. de his qui per metum &c.* vel potius *cap. fin. ext hoc tit.* vt in præſentia bonorum virorum, proteſtatione ſuper hoc propoſita, (quæ etiam vim appellationis habere cenſetur) cauſas appellationis exprimat, eamq́ue conteſtationem interponat, intrà tempus appellandi, id eſt, intrà decem dies, *d. l.* 2 *d. cap. fin. vbi Canoniſtæ. Gregorius Tholoſanus tract partit. Iur. Canon. lib.* 5. *tit.* 15 *cap.* 4 *lit. E. tom.* 5. *Synph. ſupplic.* 12 *fol.* 206. *Lancelottus, de attentatis. ampliat.* 15. vbi requiſita recenſet, quatenus coràm honeſtis viris appellatio interponi poſſit Neq́ue ſi ita appellatum, iteranda appellatio intra decendium iudice ſui copiam faciente, *Grauæus, ad Gail, concl.* 119 *nu.* 43. aut coràm Notario appellet, idq́; probat communis vſus iudiciorum & conſuetudo, teſte *Mynſing cent.* 2. *obſ.* 2. *cent.* 4. *obſ.* 4.

Secun-

Sciendum enim eſt,† conſuetudinem eò rem deduxiſſe, vt 45
ſiue copia iudicis, ſiue non, haberi poſſit, aut metus impedimento ſit, vel non, ſinè delectu coram publica perſona appellari poſſit, eaque interpoſita ſubſiſtat, *Ordinatio Cam. Imp part. 2. tit. 29.* §. Item ſo ſell einem jeden ꝛc. *Grauæus ad Gail, concl. 119. nu. 47. VVeſenb. conſ. 1. nu. 30.*

Quod adeò verum eſt, † vt ſi Priuilegio caueatur, ne appel- 46
lationes, niſi apud ipſum iudicem factæ, valeant; illud tamen non attendi, ſi metum obſtitiſſe, aut copiam Iudicis defuiſſe dicatur, vti refert ex conſulto Cameræ Imp. *Denaiſius, cap. 30. §. 6.* priuilegia, quò pertinent, allegata; à *Lancelotto, de attentatis, limit. 50. nu. 207. ex Baldo, in cap. venientes ext. de Iureiur.* Non obſtante ſtatuto, intrà diem latæ ſententiæ appellandū, nihilominus ad Principem interponi poſſe, ſecundum Ius Commune.

Si itaque in ſcriptis † appelletur, ſchedula appellationis por- 47
rigenda, nulla facta expreſſione grauaminum, iudici A QVO, ſi adeundi facultatem habuit, imò & Iudici AD QVEM, idque ſufficit; & dicitur appellatum in ſcriptis, licet nullum aliud Inſtrumentum appellationis adſit.

Hinc, cum à iudice priore deſerta pronunciata eſſet appellatio, quod interpoſita eſſet, non coràm Notario, ſed tantùm ſchedula iudici oblata pronunciatum, malè iudicatum, benè appellatum, vt refert *Author præiudic. Camer. in verbo, appellatio à ſententia definitiua, fol. 23. circa medium, & præiudicio confirmat Notator ad Ordinat. Cam. Imp. part. 2. tit. 28.* ſufficere priuatam ſcripturam, cenſeriq; appellatum in ſcriptis, non tamen coràm Notario & Teſtibus interpoſita appellatio improbanda, vt plerumq; fit, (quod quidam in iure inauditum putent, quo omnis appellatio, coràm iudice, voce, vel libello ei dato, fieri debeat, *l. 1. §. dies, ff quando appellan.*) Sed animaduertatur, vt ſchedula appellationis porrigatur, & Notarij inſtrumento cō-
fecto ex membrana, † inſeratur, alias appellatio inualida erit, 48
Mynſingerus, cent. 4. obſ. 45. Author præiud. Cam. in verbo, *ap-*

*appellatio in ſcriptis per totum &c. fol.*20. quod confirmatur *Comitiis Imperij, Anno* 94. habitis, §. gleicher maſſen ꝛc *fol. mihi* 724. adeò, vt non ſufficiat dicere Notario, ſcribe me à tali ſententia appellare, aut ſi viua voce dictaret, & Notarius ſcriberet, non diceretur appellatum in ſcriptis, *Maranta, hoc tit. nu.* 139. *Mynſingerus, cent.* 3. *obſ.* 15. *num.* 15. *Author præiud. Cam. in verbo, appellatio in ſcriptis, fol.* 20. ibi, *quando in ſcriptis*, vbi in hanc rem præiudicium adfert.

Neque ſubſiſteret appellatio, etiamſi tale inſtrumentum, cui ſchedula appellationis non inſerta eſt, iudici fuerit, intrà decem dies inſinuatum, licet ſaltem videatur, coràm Iudice in ſcriptis appellatum, quia aliud eſt appellare, aliud appellationem inſinuare, quæ inſinuatio, cum præſupponat validitatem appellationis, ea pro appellatione haberi nequit, & ita Proceſſus denegatos refertur *tom.* 5. *Symphor. ſuppl.* 3. *fol.* 201. Quod eò producitur, vt ſi quis cum repetitione prioris appellationis inualidæ, contra executionem, etiamſi in ſcriptis, & cum grauaminum expreſſione, proteſtaretur, tamen hæc proteſtatio appellatio dici nequit, cum ſe ad priorem inualidam referat, quæ nulla fuit, de nouo igitur appellandum, expreſſis cauſæ grauaminibus, nec ſe referre ad priorem inualidam, vti *Author præiud.* refert *d. fol.* 20. *in fine.*

Idem iudicium eſt, ſi condemnatus proteſtaretur in executione, ſe appellaturum, ſi hoc vel illud fiat, ſera hæc appellatio non admittitur, nec proderit proteſtatio appellãdi, id in tempus collata, quo amplius appellari non poſſit, vti in elegãti facti ſpecie, refert deciſum, *Codex Fabr. lib.* 7. *tit.* 26. *definit.* 14.

Eadem ratione, appellatione à grauamine interpoſita, eaq; pronunciata deſerta, ſi iudex paritionem prioris ſententię partibus iniungat, etiam grauatis non concedenda appellatio, ſi grauamen non ex hoc ſecundo, ſed primo decreto eueniat, *tomo* 1. *Synph. par.* 2. *tit.* 14. *ſupplic.* 9. *fol.* 289.

49 Ex his itaq; colligere eſt, † non ſufficere, libellum appellationis porrigere Notario, aut eidem ad calamum, appellantis inten-

intentionem dictari, vel proponi, *tom 5 Synph fol.* 201. Sed porrigenda eſt ſchedula Notario, aliàs efficitur deſerta appellatio, vti factum refert *Tilmann. de Benign. Pent. 6. obſ.* 15. & Notarij Inſtrumento libellus appellationis inſerendus.

Si tamen allegetur, † hanc ſolennitatem in tali loco, non 50
adeò ſcrupuloſè obſeruari, aut narretur in inſtrumēto viua voce appellatum, licet ſchedula omiſſa ſit, appellans auditur, *Author præiud. Cam.* in verbo, *ſchedula, fol.* 311. & in verbo, *appellationis Inſtrumentum fol. 29.* vbi hæc præiudicijs confirmat.

Similiter, ſi proceſſus denegati ſint, ob non exhibitū inſtrumentum in forma debita, alleget autem denuò in ſupplicatione, fatalia labi, partem longè diſſitam, offeratque in reproductione Proceſſuum, aliud Inſtrumentū producturum, vel prius iuſtificaturum proceſſus, ſed periculo partis decerni, refertur *tom. 2. Synph. par. 3. tit. 19. ſupplic. 11. fol. 367. tom. 5. ſupplic. 6 fol. 202.*

Eadem ratione, quamuis inſtrumentum Notarij cōfectum in membrana eſſe debeat, vt ſtatutum *Comitiis Imp. Anno* 1512. Von Ordnung der Notarien ꝛc. §. Item die Notarien ꝛc. *fol. mihi 97.* Si tamen Notarij teſtentur, eò loci copiam Pergameni non fuiſſe, appellationem recipi, *refert Tilman. de Benign. Pent. 3. obſ. 22. Author præiud. Cam.* in verbo, *appellationis Inſtr. fol. 29.* ibi *fallit, ſi notarij.*

Non tamen neceſsè eſt, vt in inſtrumento appellationis ex-
primantur † cauſæ grauaminum, ſed ſufficiat dicere ſe graua- 51
tum, aut ſententiam iniuſtam, *l. appellanti, 13. ff. hoc tit gloſſ. in cap. quoad conſultationem,* in verbo *cauſam non exprimens, ext. de re iud. Canoniſtæ, in cap. cum in Eccleſia, ext. hoc tit. Maranta. par. 6. de Appellatio. nu 153. Mynſing. cent. 3. obſ. 55.*

Declaratur autem hoc non obtinere in tertio, pro ſuo eſſe, appellationē interponente, hic. n. cauſa grauaminis exprimēda eſt, *l. à ſententia,* ibi *niſi ex iuſta cauſa, ff. hoc tit. Canoniſtæ, in cap. cum ſuper, ext. de re iud. Couarr. pract. quæſt. cap. 15. nu. 1. Gail, lib. 1. obſ. 122. poſt nu. 5. tom. 1. Synph. par. 3. vol. 15 nu. 11.*

Idem

Digitized by Google

Idem iudicium eſt, ſi prohibita ſit appellatio, de iure à definitiua, ſiue à lege, ſiue ab homine, per allegata *à Marant. hoc tit. num. 155.*

Porrò, nec opus eſt, vt ſchedulæ appellationis ſententia inſeratur, ſed ſufficit ſi tenor, aut qualitas ſententiæ deprehendatur, alias ſupplicanti petitio denegatur, *tom. 1. Synph. par. 2. tit. 14 ſupplicat. 4. & 6 fol. 281.* ſic etſi viua voce appellatum ſit, qualitas ſententiæ allegãda, *Ordinatio Cam. Imp. par. 1. tit. 22. in principio.* & dies vbique ſententiæ allegãda, *Denaiſius, cap. 36. nu 3.*

Non tamen quidquam immutandum puto, ex *l. 1. §. fin. ff. de libellis dimiſſor.*

52 Etenim ſunt, † qui putent, à iudice non recipiente appellationem, & Apoſtolos dare negligente, aut recuſante, ab hac, inquam, denegatione iterum appellandum, quod notabile refert *Gregorius Tholoſanus, Tract. partit. Iur. Can. lib. 5. titul. 15. cap. 4. lit. C. in fine.* De qua re tamen vtroque iure, altum ſilentium; quid enim Iure Ciuili obtineat, deciſum eſt, *l. ei cuius, 5. ff. de Appell. recip. d. l. 1. §. fin.* videlicet, inſtanter, & ſæpius intrà tempus, petendos eſſe Apoſtolos, aut ſi non accipiat, idipſum conteſtandum eſſe, & cuius appellatio non fuerit recepta, huius rei nomine, querelam apud competentem iudicem deferendam, *d. l. 5. ei, §. fin. intrà, ff. de Appell. recip. l 3. Cod ſi appellat. hoc tit.* Ius Canonicum, quid de hac re diſponat, viſponat, videatur *capit. vt ſuper, 4. cap. ab eo, 6. hoc tit. in 6. Clemen. quamuis. 2. §. fin. eod. tit.* vbi à refutatione, aut denegatione Apoſtolorum, interponendam appellationem, nihil ſtatuitur.

Quibus accedat, quod hæc denegatio Apoſtolorum effectum deuolutiuum non impediat, *d. clemen. 2. quamuis, §. fin.* in quam rem allegat præiudicium *Author præiudic. Cam.* in verbò, *appellare à quibus &c. fol. 35.* ibi, *à refutatione Apoſtolorum non eſt appellandum &c.*

53 Nec etiam † immutandam exiſtimo definitionem *l. 1. §. dies,*

dies,7 cum ſeq. ff. Quando appellan. libellos appellatorios, ſiue vt pragmatici loquuntur, Schedulam appellationis porrigẽdam Iudici, A QVO ſi in publico eius adeundi facultas fuerit; nam quamuis quibusdam videatur, iudici ſedenti, pro Tribunali, eam porrigendam; Contrarium tamen euincitur, *ex d. §. dies, iuncto §. 9. adeundi,* & ea præſentari poterit tàm Iudici A QVO quàm Iudici AD QVEM *d. l. 1. §. ſi quis,* vbi ait I. C. Et hoc iure vtimur, vt ſi alterutrius adeundi fuit copia, præſcriptio locum habeat *Rulantus, par. 3. lib 8 de Proceſſ. iud. interrog. cap. 13. numer.* 35. vbi refert, dominis Aſſeſſoribus, in quadam cauſa, ſchedulam porrectam, & Proceſſus deſuper decretos fuiſſe, imò & actuario, etiam die feriato porrigi poterit, allegatur *l. miles, §. 6. dies, ff. de adulteriis, Cardinalis, in Clemen. Quamuis, hoc tit. Maranta, par. 6. de appell. nu.* 134. *& num.* 217. *Myſing. cent. 2 obſ.* 12. *Author præiudicior.* in verbo, *appellatio in ſcriptis, fol.* 19. *in princ.* & in verbo *appellationis Inſt. in fin. fol.* 29. vbi refert quandoque in Cam. Imp. proceſſus decretos.

Et hæc de ſententia definitiua, vel interlocutoria, vim definitiuæ habente, obtinent, vt videlicet ab illis viua voce incontinenti appelletur, vel ex interuallo in ſcriptis, id eſt, ſchedula porrigatur, † ſeu libellus appellatorius actualiter exhibeatur, 54
tradatur ijs, coràm quibus appellatur, ſecundum formam, à nobis præſcriptam, non tamen requiritur, vt recitetur coràm iudice A QVO, *cap. appellatio, 9. hoc tit. in 6.* aut in illo inſeratur, & dicatur, appello in his ſcriptis, latè *Grauæus, ad Gail, concl.* 119. *num* 33. *cum ſeq.*

Cæterum, cùm nulla iuris definitio ſit, quæ ex cauſis, & circumſtantijs moderationem ſuam non recipiat, ita & hic euenire videmus. Vnde animaduertendum, interpoſitam appellationem à grauamine extraiudiciali † etiamſi vim definitiuæ 55
habeat, niſi in ſcriptis fiat, non ſubſiſtere, vt aliquot præiudicijs confirmatum refert *Author præiud.* in verbo, *appellatio in ſcriptis, fol.* 20. ibi *quando tàm &c.* & in verbo, *appellatio extraiudicialis,* ibi *appellatio ab extraiudiciali, fol.* 22. quod etiam exten-

ditur, ad ſententiam de exequendo, ſeu quando appellatur ab executionibus, in caſib. permiſſis, de iure notatis, *per gl. & Dd. in l. ab executore, C. quor. appell &c.* nam & hic non viua voce, vt in alijs definitiuis ſententijs, aut interlocutorijs, vim definitiuæ habentibus, ſed in ſcriptis, cum expreſſione cauſæ, prouocandum, *Mynſingerus, cent. 3. obſ. 32. Author præiud. Cam. fol. 24.* ibi *licet iure &c. Tilmannus, de Benign. Pent. 3. obſer. 37.* vbi hoc præiudicijs confirmatur.

Defunctus explicatione requiſitorum appellationum interpoſitarum, à ſententia definitiua, vel vim definitiuæ habente, reliquum eſſe videtur, vt quæ in appellationibus ab Interlocutoria mera, appellabili tamen, requirantur, diſpiciam.

56 Qua in re conſtituendum † generaliter ab illis, in ſcriptis appellandum, expreſſis nominatim cauſæ grauaminibus, *cap. cordi, hoc titul. in 6. Maximilianus Imperator, in conſtitut. de Notariis, Anno 1512. titul.* Von Appellation &c. *circa principium, fol. 100. Ordinatio Cameræ Imper. part. 2. tit. 29. §.* Wo aber &c. idq; in foro receptum, licet quidam exiſtiment, etiam ſine ſcripto de Iure Ciuili ab Interlocutoria appellari poſſe, ex *l. generaliter, §. ſin autem, 2. ibidem Dd. C de rebus creditis.* Idem probandum eſt, in appellationibus interpoſitis, à grauamine extraiudiciali, nam & hic in ſcriptis appellandum, *cap. cordi, ibidem Canoniſtæ, hoc tit. in 6. Rulantus, par. 3. lib. 8. de Proceſſ. iudic. interrog. cap. 13. nu. 17. verſ. ſi ſic,* vbi hoc præiudicijs confirmat, neq; ſufficiat, facere relationem ad acta, multò minus nouæ cauſæ, quã quę in appellatione nominatim expreſſę ſunt, adferri poſſunt, nec ex ijsdem iuſtificari, *Clementina appellanti, ibidem Canoniſtæ, hoc tit. cap. cum cauſam, 62. in verbis, dummodo hæc &c. cap. cum dilecto, 63. in fine, cap. vt debitus, extr. hoc titul.* Quibus cauetur,
57 cauſam appellationis, † cuius nomine ea interpoſita, allegandã eſſe, quare cum non appelletur, niſi à grauamine, dici non poterit, ob cauſam nouam propoſitam, grauatum eſſe, quod approbat *Ordin. Cam. Imp. par. 2. tit. 29. §.* Wo aber &c. in verbis, vnd mag auß andern vrſachen nit gerechtfertiget werden/ id eſt,

Digitized by Google

ex alijs cauſis iuſtificari non poteſt,& hæc cauſa grauaminis ideò enarranda,vt conſtet iudici,an in ea conditione ſit,quæ non poſſit reparari per appellationem à definitiua.

Ex quibus colligere eſt, vt appellatio ab interlocutoria ſubſiſtat, requiri, copulatiuè, vt fiat in ſcriptis, & cauſæ redigantur in ſcriptis,quare,ſi viua voce appellaretur,& ſchedula appellationis duntaxat cauſas grauaminum contineret, appellatio inefficax eſſet,cum in ipſamet ſchedula,appellatio facienda ſit, ita iudicatum refert *Grauæus, ad Gail, concl.* 119. *nu.* 56.

His ita conſtitutis,non videntur amplectēda tradita,à *Ioanne Ferrario, Montano, de Appell. cap.* 4.*nu.* 42. appellantem, ſibi ius declarādi, cauſas grauaminis, interpoſita proteſtatione, reſeruare, & non expreſſam allegandi poſſe, cum ſpecificatio, & expreſſio cauſæ appellationum requiratur, aliàs facilè ita proteſtando, conſtitutiones poſſent eludi, *Maran. par.* 6. *hoc titul. de Appell. nu.*153. vbi refert non ſuſtineri appellationem,ex tali cauſa, & alijs, ſuo loco;& tempore proponendis.

Nec obſtat *cap. conſtitutis*, † 46. *ext. hoc tit.* vbi Decanus iactabat,aliam ſe propſiturum exceptionem, interpoſita appellatione, ab interlocutoria, quia ibidem appellatio interpoſita fuit à ſententia definitiua, *Clemen. Vnica, de ſequeſtr. poſſeſſ.* ideoque rectè alias cauſas allegare, & allegatas omittere potuiſſet,agendo cauſam appellationis, *l.* 3. *ſcio*, *§. quid ergo. fin. ff. hoc tit.* 58

Quæ dicta ſunt, de appellatione † ab interlocutoria mera, appellabili tamen, quæ ex nouis cauſis iuſtificari non poſſit, transferenda ſunt, ad appellationes interpoſitas à grauamine, *Clement.* 5. *appellanti, hoc tit. cap. circa,* 4. *de Electiion. in* 6. *Clem. conſtitutionem, eodem tit.* Confirmat tamen præiudicio *Rulant. par.* 3. *lib.* 8. *de Proceſſ. iud. interrog. cap.* 13. *num.* 46. *verſ. ſi non,* aliam cauſam non expreſſam in inſtrumēto deduci poſſe &c. 59

Verum, quæſtionis eſt,† coràm quo iudice cauſæ grauaminis exprimendæ ſeu proponendæ ſint? 60

Et quidē *Cap. cū ſpeciali, §. Porro,* in verbis, *corā eo ꝓbabilē &c.*

Digitized by Google

cap. 63. dilecto, cap. vt debitus, 59. extr. cap. cordi, hoc tit. in 6. inſinuare videntur, cauſas appellationum, ab Interlocutoria, coràm Iudice, A QVO allegandas, non autem probandas eſſe. *cap.* 10. *ſi à iudice, hoc tit. in* 6. nam ei, à quo appellat, vix probabit vnquam veras. Hinc tradit *Maran. hoc tit. nu.* 153. *in fine*, expreſſionem cauſæ faciendam eſſe coràm Iudice A QVO, & ſæpius vidiſſe, Aduocatos peccare in eo quod ſimpliciter appellent, & cauſas grauaminum; coràm iudice, AD QVEM exprimant.

Contrarium videtur colligi, *ex cap, interpoſitâ*, 70. *extr. hoc tit.* vbi *Cuiacius* ita conciliandum exiſtimat, vt ſi Iudex A QVO appellatur, appellationem non recipiat, nec oblatas probationes cauſæ appellationis apud ſe in medium prolatæ recipere velit, neceſsè non ſit, de ea appellantem docere aliquid, iudicem AD QVEM appellauit, ſin autem ex diuerſo Iudex, A QVO appellationem admiſerit, tunc demum, cauſam appellationis probandam, iudici, AD QVEM appellauit, *cap. ſpeciali*, §. *vlt. hoc tit.* & non tantum probandum eſſe, cauſam interpoſitę appellationis probabilem eſſe, ſed etiam veram, & propter eam non admiſſam, appellatum, *d. cap. debitus, d. cap. dilectus*, 63. *d. cap.* 70. *interpoſita, hoc tit. vbiq; Canoniſtæ.*

Hodie autem ſufficit cauſas redigi in ſcriptis, nec inſinuatio earum requiritur, modò de earum veritate conſtet iudici, AD QVEM appellatum, *Rulantus, par.* 3. *lib.* 8. *de proceſs. iudic. interrog. cap.* 13. *nu.* 47. vbi ita ſæpius iudicatum refert.

Pars tamen citata, ad reuocationem grauaminis, comparere tenetur, aliàs iure in cauſa procedit iudex, *cap. cum ceſſante, hoc tit, cap.* 10. *ſi à iudice, eod. in* 6. *tom.* 1. *Synph. par.* 2. *tit.* 17. *fol.* 323. ibi abgeſchlagen *&c.*

Quæ hactenus de forma interponendę appelllationis, à definitiua, & interlocutoria, diximus, ſingularem interpretatio-
61 nem recipiunt, niſi aliter conſuetudine, † vel ſtatuto receptum ſit, vt puta, quod ab interlocutoria, viua voce incontinenti, à definitiua verò, viua voce ex interuallo, prouocari poſſit; quam-

quamuis enim à quibuſdam ea improbetur, tamen huiuſmodi conſuetudinem in Camera Imperiali recipi, atteſtatur *Gail, lib. 1. obſ. 130. num. 4. Myſingerus, cent. 1. obſ. 66. cent. 3. obſ. 32. Author praiud. Camer.* in verbo, *appellatio ab interlocutoria, fol.* 24. verſic. *quamuis de iure &c. Rulantus, par. 3. de proceſſ. iud. interrog. lib. 8. cap. 15. nu. 36.* vbi in hanc rem præiudicia allegat, *& Tilmann. de Benign. Pent. 7. obſ. 40. cum ſeq.* Nam cum huiuſmodi ſolennitates, interponendæ appellationis, ſint iuris poſitiui, nil proponi poterit, cur contrario iure tolli non poſſint. Animaduertendum tamen, an ea conſuetudo ex producto inſtrumento probetur, aliàs proceſſus denegantur, ita factum refert *Rulant. d. loco, nu. 37.*

Secunda, & notabilis limitatio eſt, ſi †conſtitutione Principis ſtatutum, vt omnes cauſæ ſummatim, de plano, ſublato velo, ſine ſtrepitu, & figura iudicij definiantur, *iuxta Clementinam ſæpè, de verbor. ſignific.* vt huiuſmodi ſolennitates interponendæ appellationis, obſeruandæ non ſint: *Maranta. par. 6. hoc tit. num. 154. in fine*, quia per huiuſmodi conſtitutionem, & Commiſſionem cauſæ, cenſeantur ſublatæ ſolennitates iuris ciuilis & poſitiui; *Myſing. cent. 3. obſ. 70.* 62

Idem iudicium eſt, cauſa commiſſa, ſola veritate inſpecta, nam & hoc caſu, viua voce, ab interlocutoria, etiam ex interuallo appellari poſſe, refert *Ferrarius Montanus, hoc titul. cap. 4. nu. 32. Graueus, ad Gail, lib. 1. concl, 119. poſt nu. 38. & 58.*

Denique, ad ſubſtantiam appellationis † refertur petitio Apoſtolorum, adeò, vt ex neglecta eorum petitione, renunciatio appellationis inferatur, qua in re Ius Ciuile & Canonicum diſſentire videntur, ſi illud inſtanter & ſæpius, non vno cõtextu, *toto titulo, ff. de libellis dimiſſor. Clemen. 2. quamuis hoc tit.* hoc autem vno contextu, petendos eſſe ſtatuit: *d. clemen. 2. cap. ab eo, hoc tit. in 6. l. eos verò; §. fin. & l. iudicibus, C. hoc tit.* definitur, ſponte eſſe offerendos Apoſtolos, vndè inſtantia repetentis dimiſſorias excludi videtur. 63

Propoſitam hanc controuerſiam, *Caniſius, in Summa Iuris*

Canonici, titul. de appellat. ex mente Bartholi, *in d. §. fin.* ita dirimendam exiſtimat, vt licet ſponte Apoſtoli offerendi ſint, ijs tamen non petitis, intra tempus legitimum, appellationem haberi pro deſerta.

In appellatione extraiudiciali, an petitio Apoſtolorum neceſſaria ſit? Conſule *cap. cordi, hoc tit. in* 6. ibidem *gloſ. & Canoniſt. Marant. hoc tit. nu.* 227.

Et hæc, ſi Iuris Communis definitionem intueamur, ex
64 Stylo enim Cam. Imp. † paulò aliter ſe res habet, quãuis enim Ius Commune, appellationis inſinuationem, & Apoſtolorum petitionem, item, iudicis A QVO delationem, ſeu refutationem, cum expreſſione cauſæ, de quibus *in l. ſciendum, 6. ff. de appell. recip. Clem. 1. hoc tit.* exigat, aut ſecundũ alios requiratur, fidem faciendã, Iudici A QVO, de præſentatione ſua facta iudici AD QVEM. Deniq; non recedendum à Iudice, ante delationem, vel refutationem appellationis, *Lancelot. de attentatis, limit.* 14 vbi refert, hoc aureis literis ſcribendum Iudicẽ A QVO, poſſe appellatione pendente, ſentẽtiam ſuam exequi, ſi appellans iudicem præfixo ab eodem termino, eoq; decurſo, non certificet, de proſecutione appelationis; tamen hæ, & ſimiles ſolennitates in Camera Imp. in appellationibus interpoſitis, non attenduntur, cum in abſentia iudicis permittatur coràm Notario & Teſtib. appellatio, nec eiuſdẽ inſinuatio exigatur, *Ordinat. Cam. Imp. par. 2. tit* 29 §. Item ſo ſoll ꝛc. *Author præiud. Cam.* in verbo, *appellatio in ſcriptis*, verſic: *appellationes factæ &c. fol* 20. Vbi refert, ita ſæpius iudicatum, abſq; vlla proteſtatione, ſiue Iudicis copia haberi ſiue non poſſit, *tom.* 4. *Symph. par. 1. voto. 36. nu. 2.*

65 Interpoſita † autem appellatione, in abſentia iudicis, eidéq; non inſinuata, attentata non reuocãtur, *Ordin. Cam. Imp. par. 2. tit* 29 §. Item ſo ꝛc. *verſ.* So aber ſolchs ꝛc. *Mynſing. cent. 2. obſ.* 85. *cent. 4. obſ* 44. *Lancelot. de Attentatis, cap. appellatione pendente &c. nu. 8. 9. cum ſeq. & limitat.* 36. vbi refert, quamuis intimatio
66 appellationis † non requiratur, quoad effectum deuolutiuum,

cam

eam tamen requiri quoad effectum ſuſpenſiuum,ſeu attentatorum,eamq; inſinuationem fieri poſſe,ſiue in iudicio,ſiue extra iudicium, *ex l. 1. §. 9. adeundi, ff quando appell. & cap. appellatio, 9. hoc tit. in 6.* Suprà relatum eſt, quibus iunge *Mynſing. cent. 2. obſ. 12. Marant. hoc tit. num.* 134, *tom. 2. par. 2. voto 26. nu. 2.* Porrigendo videlicet ſchedulam appellationis iudici,extra iudicium,maximè ſi actis deinde inſeratur, *tom. 2. Symph. par. 1. voto. 36. nu. 1.* imò Notario porrigi poterit, vti factum refert, *Author præiud. Cam. fol. 30. ibi de ſtylo &c.*

Vnde quamuis prima facie, ordinatio &c. recitato loco,in abſentia Iudicis,appellationes non niſi coràm Notario,& Teſtibus,recipere videatur,† tamen,& Schedulam appellationis, 66
tàm Iudici A QVO, quam Iudici, AD QVEM, vel actuario ſecundum *Canoniſtas, in cap. cordi, hoc tit. in 6.* porrectam,ſuſtinere appellationem interpoſitam, *videre eſt ex allegatis authoribus, & Tilman. de Benignis, tit. obſ. ſupplicand. obſ.* 44. vbi in terminis refert,appellationem non improbari,ſchedula appellationis nuda, Iudici A QVO porrecta, abſq; inſtrumento, quare neceſſè non erit,confici inſtrumentum appellationis per Notarium, quo caſu, ſchedula appellationis porrigenda & Notarij inſtrumento inſerenda, ſub pœna deſertionis, de qua re ſupra dictum eſt.

Ex his oritur quæſtiò, † per quem Notarium, hoc inſtru- 67
mentum conficiendum ſit, An Cæſareus eſſe debeat, an verò Pontificium eſſe ſufficiat?

Vide *tom. 4. Symph. par. 1. vot. 10. nu. 5. & voto 25. poſt num.* 70. verſic. *non video &c.*

Occurrit hic & alia quæſtio, interpoſita dupliceappellatione vtra proſequenda?

Hanc quæſtionem *Maranta hoc tit. nu.* 144. † in vtramque 68
partem diſputat.

Verum cum opinio exiſtimãtium in optione appellantis, aut arbitrio, proſecutionem conſtitutam eſſe præualuerit, quam etiam de ſtylo Cameræ Imperial. receptam præiudicio atte-

Digitized by Google

atteſtetur *Mynſing. cent.* 1. *obſ.* 7. *tom.* 4. *Synph. par.* 1. *voto*, 52. *nu.* 1. non diutius inſiſtendum puto.

Ne quis autem putet, huic opinioni rationem non conſtare, animaduertat, receptam eſſe Interpretum doctrinam, in actibus ex voluntate facientis, pendentibus, inſpiciendum eſſe cui actui à ſe geſto conſenſum quis accommodare velit, *l. ſi quis*, 22. *ibidem Dd. ff. de legatis*, 3. vbi I. C. dicit, neminem ſibi poſſe legem dicere, vt à priore ei recedere non liceat, maximè ſi ſpecialiter dixerit, prioris voluntatis ſe pœnituiſſe &c. Quæ ratio quamuis potiſſimum in vltimis voluntatibus, locum ſibi vindicare videatur, tamen iure ad actus, ex mera voluntate pendentes accommodari poteſt, ab actu enim teſtamentario, ad actum iudicialem duci argumentum conſtat, *ex l. non eſt mirum*, 26. *ff. de Pignor. actio.* Cum autem interpoſitio appellationis pendeat ex mera voluntate appellantis, *Canoniſtæ, in cap.* 70. *interpoſita*, §. *ille deniq.*, *per illum text. ext. hoc titul.* imò appellatio cauſa litigantis introducta dicatur ad priuilegium, & vtilitatem eius, *l.* 11. *C. Theodoſi. hoc tit.* cur primo priuilegio relicto, ad aliud confugere non poterit.

69 Nec in hanc rem nitar, *l. ſi quis libellos* 28. † *C. hoc tit.* cuius authoritate vulgò ſententię huius Aſſertores abuti ſolent, cum rectè ponderanti pateat, eam potius, in caſum renunciationis appellationis, quam in cauſam variationis conceptam eſſe, Commodius allegari poterit *argumentum l. ſcio*, 3. §. *vlt. quid ergo*, *ff. hoc tit.*

Nec obſtat *argumentum l. cum Procurator*, 13. §. 1. *ſi dominus*, *ff. de Operis Noui Nunciat.* quod præcipuum contrariæ partis fundamentum eſt, iure enim domini iterata nunciatio non permittitur, cum ea ſine iniuria aduerſarij ſatisdantis fieri non poſſit, quæ ratio cum noſtra quæſtione nihil commercij habet, cum appellatio, vti dictum eſt, cauſa litigantis introducta ſit.

Deniquè, parum intereſſe videtur, inter negantem, & hanc Opinionem, cum eidem locum eſſe putant, primæ appellationi

tioni ſtandum, ſi valida, & firma fuerit, *Bartholus, in d. l. 13. ſi Procurator*, §. 1. niſi eſſet propter tempus inchoandæ & proſequendæ appellationis.

Sed reuertamur, vndè digreſſi ſumus, diximus, † ex præſcripto ordinationis Cam. Imp. nec inſinuationem appella- 70
tionis, nec Apoſtolorum petitionem, (vnde ceſſat † altercatio 71
Dd. an geſta aut innouata, pendente termino, ad dandum vel recipiendum Apoſtolos, iure ſubſiſtant, cum de Iure Camerali hæc petitio Apoſtolorum neceſſaria non ſit, ſecundum Ius Commune autem, verius eſt, innouata nullius eſſe momenti, *Lancelottus, de attentatis, cap. 13. nu. 3.*) ſiue refutatoriorum, de quibus in *l. ſciendum, 6 ff. de appell. recip. l. eos, 6. §. ſuper his, 3. C. hoc tit.* ſiue reuerentialium, de quibus *in Cap. cordi, 1. hoc tit. in 6* neque dimiſſorialium, de quibus *in tit. ff de libellis dimiſſor.* eſſe neceſſariam, *Ordinatio Cam. Imp. par. 2. tit. 30.* §. 1. Damit 2c.

Hæc tamen Interpretum diſtinctio † Apoſtolorum, à qui- 72
buſdam improbatur ex eo, quod dimiſſorij non ſint ſpecies Apoſtolorum, ſed ſint ipſi Apoſtoli, nam qui vulgari, & græco verbo dicuntur Apoſtoli, illi latinè dicuntur libelli dimiſſorij, & literæ, *l. vnica, ff. de libellis dimiſſoriis, l. 106 dimiſſoriæ, ff de verb. ſignif.* non rectè igitur appellantur ab Interpretibus Apoſtoli dimiſſorij, perindè ac ſi diceretur Rhetorica Oratoria.

Secundo nec teſtimoniales, nec conuentionales Apoſtolos ius non agnoſcere, cum omnis appellatio in iure, coràm iudice, voce aut libello ei dato, nō autē coràm Notario fieri debeat, *l. 1. §. dies, ff. quando appellandum, l. 2. ff. hoc tit.* Reuerentiales Apoſtolos etiā incognitos eſſe, cum Iudex non debeat, nec poſſit recipere, appellationem iure prohibitam, aut non iure permiſſam, *l. 6. C. quor. appell. non recip. & paſſim alibi.*

Deniq; omninò alienum eſſe à mente I. C. *in d. l. 6. ſciendum, ff. de appell. recip.* quod ex ea lege refutatorios Apoſtolos elici, putant,

Digitized by Google

73 Pro eius namque vera interpretatione † ſciendum eſt, antiquitus ita comparatum fuiſſe, non recepta appellatione, iudicem opinionem ſuam, confeſtim per relationem manifeſtare, & cauſam, pro qua non receperit appellationem, eiusque exemplum, litigatori edere, vt ſi relatio non plena, aut iuſta videretur, refutatorias preces offerret, iudicemq; omnia acta, vna cum refutatorijs litigantis, ad Principem referre debuiſſe, quod *Symmachus* ſignificat in Epiſtolis. Cuius meritũ perennitas veſtra lectis geſtis ac refutatorijs cohærentibus æſtimabit. In quam rem plura *Briſſonius*, adfert, *de formul. Rom. Imp. fol.* 308.

Quare, non rectè accipiunt refutatorios, pro literis iudicis, A QVO appellatum, quibus ipſe appellationem reijciat, & cauſam reiectæ appellationis exponat, cum ſint preces, aut libelli partium, quibus refutant Iudicis relationem, vel acta; aut vt falſa, aut certè vt non plena, & iuſta; Hinc etiam vocantur preces refutatoriæ, aut libelli refutatorij, *l prima. & tot. titul. Cod de relation. leg quoniam, decima octaua. Cod. hoc titul. leg. ampliorem*, 39. §. *primo. in refutato; eodem titul. Cod. eodem.* Refutare enim propriè eſt refellere, non vt gloſſographi, ex vulgari Italorum ſermone, pro reijcere, aut repudiare &c. Communis tamen interpretatio ſuſtineri videtur, *ex l. iudicibus*, 24. *& l.* 31. *ſi appellationem, Cod. hoc. titul.* vbi relationis nomen, pro Apoſtolis accipi, putat *Cuiacius, lib. obſer.* 24. *cap.* 29.

Porrò, quidquid ſit, communis diſtinctio Apoſtolorum in foro recepta eſt, quæ tamen, vt ſæpius dictum eſt, in Camera Imperiali non obſeruatur, nullorum enim † Apoſtolorum
74 petitio neceſſaria eſt, *Ordinatio Cameræ Imp. par.* 2. *tit.* 30. §. 1. Damit zc. non obſtante quacunq; conſuetudine, *Ordinatio d. loco*, §. *fin.* Vnd dieweil zc. in fine, cum enim Apoſtolorum nullus alius ſenſus ſit, quam quod Iudex A QVO narret, iudici AD QVEM à ſententia illius appellatum eſſe, hoc autem ſatis conſtet ex inſtrumento appellationis, vel ex ſupplicatione, vndè

dè non videtur, Apoſtolorum petitionem, eſſe neceſſariam, ita putat *Mindan. lib. 1. de Proceſſ. cap. 7.*

Verum, an hæc ratio concludens ſit, quare in Camera Imperiali petitio Apoſtolorum non requiratur, ſubdubitò; nam ex libellis appellatorijs conſtabat, à qua ſententia, aduerſus quem appellatum ſit, *l. 1. §. fin. ff. hoc tit.* nihilominus tamen neceſſaria erat Apoſtolorum petitio, *l. vnica, ff. de libellis dimiſſor. &c.* Vndè ratio tenenda, quam *Ordinat. Camer. Imper. par. 2. tit. 30. in princ.* exprimit.

Itaq; nec à denegatione Apoſtolorum appellandum, cum ea effectum deuolutiuum, vt ſuprà ex *Authore deciſion. Cam.* relatum eſt impediat, multòminus de hac re proteſtandum, cum Ordinatio horum nihil exigat, *Tom. 2. Symphor. parte, 2. voto 3. nu. 3. cum ſeq.* Licet de Iure Communi, vt ſuprà oſtenſum aliud obtineat, hoc enim ipſum conteſtandum erat, *l. vnica. ff. de libellis dimiſſor.* vel alia ratione ſuam appellationem non fuiſſe receptam, docendum, *l. 5. ei, l. 6. ſciendum, ff. de appell. recip.*

Ordinationi autem † Camer. Imp. locus erit interpoſita immediatè ad Cameram Imp. appellatione, quare ea ab inferiore iudice ad ſuperiorem facta, ab eodemq; pronunciata deſerta, eò quod non ſint petiti Apoſtoli, & huius rei nomine appellaretur ad Cameram &c. non recipienda videtur appellatio, argumento eorum, quæ in ſimili tradit *Mynſinger. cent. 6. obſ. 12. in fine, Gail, lib. 1. obſ. 141. nu. 8.* 75

In dãdis autẽ Apoſtolis † ſolent ita interloqui &c. Zwiſchen N. N. iſt jr Hochfürſt. Dht. vnſerm gnädigſten Herrn/ zu vnderthänigſten Ehren/ dero gethanen oder fürgenommenen Appellation/ hiemit deſeriert/ Apoſtoli Reuerentiales erkennt/ vnd zeit 2. Monat/ dieſelbige anhängig zumachen/ vel non recepta appellatione, iſt der gethanen appellation nit deſeriert/ ſonder apoſtoli refutatorij erkant ꝛc. 76

Non deſunt tamen, qui exiſtimẽt, etiam de Iure Ciu. Apoſtolorum petitionem neceſſariam non eſſe, *ex l. 6. cos, §. fin.*

73 Pro eius namque vera interpretatione † ſciendum eſt, antiquitus ita comparatum fuiſſe, non recepta appellatione, iudicem opinionem ſuam, confeſtim per relationem manifeſtare,& cauſam,pro qua non receperit appellationem, eiuſque exemplum,litigatori edere,vt ſi relatio non plena,aut iuſta videretur,refutatorias preces offerret, iudicemq; omnia acta, vna cum refutatorijs litigantis, ad Principem referre debuiſſe, quod *Symmachus* ſignificat in Epiſtolis. Cuius meritũ perennitas veſtra lectis geſtis ac refutatorijs cohærentibus æſtimabit. In quam rem plura *Briſſonius*, adfert, *de formul. Rom. Imp. fol.* 308.

Quare, non rectè accipiunt refutatorios, pro literis iudicis, A QVO appellatum quibus ipſe appellationem reijciat,& cauſam reiectæ appellationis exponat, cum ſint preces, aut libelli partium, quibus refutant Iudicis relationem, vel acta; aut vt falſa, aut certè vt non plena, & iuſta; Hinc etiam vocantur preces refutatoriæ, aut libelli refutatorij, *l prima. & tot. titul. Cod de relation. leg. quoniam, decima octaua. Cod. hoc titul. leg. ampliorem*, 39. *§. primo. in refutato: eodem titul. Cod. eodem.* Refutare enim propriè eſt refellere, non vt gloſſographi, ex vulgari Italorum ſermone, pro reijcere, aut repudiare &c. Communis tamen interpretatio ſuſtineri videtur, *ex l. iudicibus*, 24. *& l.* 31. *ſi appellationem, Cod. hoc. titul.* vbi relationis nomen, pro Apoſtolis accipi, putat *Cuiacius, lib. obſer.* 24. *cap.* 29.

Porrò, quidquid ſit, communis diſtinctio Apoſtolorum in foro recepta eſt, quæ tamen, vt ſæpius dictum eſt, in Camera Imperiali non obſeruatur, nullorum enim † Apoſtolorum
74 petitio neceſſaria eſt, *Ordinatio Cameræ Imp. par.* 2. *tit.* 30. §. 1. Damit ꝛc. non obſtante quacunq; conſuetudine, *Ordinatio d. loco*, §. *fin.* Vnd dieweil ꝛc. in fine, cum enim Apoſtolorum nullus alius ſenſus ſit, quam quod Iudex A QVO narret, iudici AD QVEM à ſententia illius appellatum eſſe, hoc autem ſatis conſtet ex inſtrumento appellationis,vel ex ſupplicatione,vndè

Digitized by Google

dè non videtur, Apoſtolorum petitionem, eſſe neceſſariam, ita putat *Mindan. lib.* 1. *de Proceſſ. cap.* 7.

Verum, an hæc ratio concludens ſit, quare in Camera Imperiali petitio Apoſtolorum non requiratur, ſubdubitò; nam ex libellis appellatorijs conſtabat, à qua ſententia, aduerſus quem appellatum ſit, *l.* 1. §. *fin. ff. hoc tit.* nihilominus tamen neceſſaria erat Apoſtolorum petitio, *l. vnica, ff de libellis dimiſſor. &c.* Vndè ratio tenenda, quam *Ordinat. Camer. Imper. par.* 2. *tit.* 30. *in princ.* exprimit.

Itaq; nec à denegatione Apoſtolorum appellandum, cum ea effectum deuolutiuum, vt ſuprà ex *Authore deciſion. Cam.* relatum eſt impediat, multòminus de hac re proteſtandum, cum Ordinatio horum nihil exigat, *Tom.* 2. *Symphor. parte,* 2. *voto* 3. *nu.* 3. *cum ſeq.* Licet de Iure Communi, vt ſuprà oſtenſum aliud obtineat, hoc enim ipſum conteſtandum erat, *l. vnica. ff. de libellis dimiſſor.* vel alia ratione ſuam appellationem non fuiſſe receptam, docendum, *l.* 5. *ei, l.* 6. *ſciendum, ff. de appell. recip.*

Ordinationi autem † Camer. Imp. locus erit interpoſita immediatè ad Cameram Imp. appellatione, quare ea ab inferiore iudice ad ſuperiorem facta, ab eodemq; pronunciata deſerta, eò quod non ſint petiti Apoſtoli, & huius rei nomine appellaretur ad Cameram &c. non recipienda videtur appellatio, argumento eorum, quæ in ſimili tradit *Mynſinger. cent.* 6. *obſ.* 12. *in fine, Gail, lib.* 1. *obſ.* 141. *nu.* 8. 75

In dādis autē Apoſtolis † ſolent ita interloqui &c. Zwiſchen N. N. iſt jr Hochfürſt. Dht. vnſerm gnádigſten Herrn/ zu vnderthánigſten Ehren/ dero gethanen oder fürgenommenen Appellation/ hiemit deſeriert/ Apoſtoli Reuerentiales erkennt/ vnd zeit 2. Monat/ dieſelbige anhángig zumachen/ vel non recepta appellatione, iſt der gethanen appellation nit deſeriert/ ſonder apoſtoli refutatorij erkant ꝛc. 76

Non deſunt tamen, qui exiſtimēt, etiam de Iure Ciu. Apoſtolorum petitionem neceſſariam non eſſe, *ex l.* 6. *eos,* §. *fin.*

C. hoc tit. & vbi iudex terminum petendi Apoſtolos, non præfigat, tamen *lex* 1. §. *vltim. ff. de libellis dimiſſ. Cap. ab eo hoc tit.*
77 *in* 6. aliud ſuadere videntur † eoque iure vtimur, non autem neceſſè erit, vt ſcripto petantur, ſed etiam absq; eo, dari poſſunt, vt ſi v. g. paritio ſententiæ iniungatur, actorum editio detur, Iudex pronunciet, nullam eſſe cauſam appellationis, huiusmodi enim reſponſa, vicem Apoſtolorum obtinent, *Mind lib.* 1. *de proceſſ. cap.* 7. *nu.* 31. *vſq; ad finem.*

Illud obiter hic admonendum, ruſtici appellationem non cenſeri pro deſerta, ob non petitos Apoſtolos: *Guido Papa. de appell. nu.* 13. vbi refert, in Curia Parlamenti Delphinatus, ſæpe ſe vidiſſe ita obſeruari.

Et hæc de fatalibus, vt cum Dd. loquar, interponendæ, appellationis: Ordo poſtulat, vt fatalia introducendæ aggrediamur.

Quæ diuiſio fatalium appellationis quamuis quibuſdam diſpliceat, ex eo, quod tempus peragendæ aut interponendæ appellationi præſcriptum, non dicatur in Iure fatale, ſed ſolum tempus introducendæ, neque totum, ſed tantum vltimus dies fuerit fatalis, ideoque tempora omnia appellationum, hac diſtinctione, cum diebus fatalibus confundantur, quod committendum non eſt, tamen in foro ita diſtinguitur.

78 Pro cuius † rei euidentiore cognitione ſciendum, antiquitus ita comparatum fuiſſe, vt duobus, vel ſex menſibus exactis, pro locorum interuallo, poſt appellationem interpoſitam, vltimus eſſet fatalis, poſt quem, lapſo litigatori, intrà menſes quatuor, extrà ordinem dabatur reparationis beneficium, id eſt inſtaurabatur, ſeu redintegrabatur, tempus lapſum, & lis, ita vt etiam eſſet hic exactis quatuor menſibus dies fatalis vltimus, poſt quem nulla ſpe relicta ſecundæ reparationis ſententiæ latæ neceſſariò obtemperandum erat, quod *Symmachus* ſignificat in Epiſtolis. Menſium quatuor dilata curriculis ſummo die impetrati temporis, extitit cognitor. *Et alibi*, Cum vel-

Digitized by Google

vellet infœlicem cauſæ lapſum reparatione ſarcire, obiectu legis Conſtantinianæ exploſa eſt: quæ extrà ordinem temporibus indultis longiorem negauit excurſum, niſi mors vel alia iuſta cauſa impedimento fuerit &c. *l. 11. C. Theodoſiano de reparatio appell.*

Hæc tamen nonnihil immutata ſunt, videatur *l. 2. & l. vlt. C. de temporib. appell. Cuiacius, lib. 12 obſ. cap. 4.*

Appellationis itaque cauſa interire ſolebat, niſi iſtis diebus fatalibus, ſeu temporalibus introducebatur.

Ex his conſtat intellectus *ad Nouellam* 82. *de iudicib. & vt nullatenus &c. cap. 6. appellationes*, ibi, *Ea, quæ vocatur à legibus reparatio, locum in his nullum habente &c.*

De Iure Canonico autem, tempus introducendæ ſeu inchoandæ Appellationis non videtur definitum, ſed arbitrio iudicis A QVO relinqui, ſimpliciter enim eo ſtatutum, vt interpoſita appellatione, tempus aſſignetur ad eam proſequendam, *cap. 4. perſonas, cap. 5. cum ſit, cap. 26. §. ſi verò, cap. oblatæ*, 57. *ext. & cap. cordi, in 6. hoc tit.*

Ex ordinatione † Cameræ Imper. verò, ſex menſes conceduntur, (exceptis cauſis ſpolij; *Ordinat. Camer. Imp. par. 2. tit* 8. 79
§. 9. Wo aber der ꝛc. *cum ſeq.* & cauſis moderationum, illic enim tres, hic annus introducendæ appellationi præfinitus eſt, *Comitiis Imperij, Anno* 1555. §. Würde demnach ꝛc. *fol. mihi*, 413.) *Ordinatio Cam. Imp. par. 2 tit* 30. *in princ. & §.* Würde aber ꝛc. & §. Vnd ſo alſo ꝛc. vbi ſtatuitur, Wann der Appellant/ in obbeſtimbter zeit/ ſein Appellation/ am Cammergericht/ durch widereinbringung der außgangenen vnnd verkündten Ladung in angeſetztem termino, nicht anhängig machen würde/ ſo ſoll alsdann ſein Appellation für deſert geacht: vnd gehalten werden/ id eſt, niſi ab appellante, præfinito tempore, citatio extrahatur, exequatur, & reproducatur, appellatio, habeatur pro deſerta, vno verbo: jhr Appellation anzubringen/ durch Außziehung/ verkündung/ vnd widereinbringung der Ladung ꝛc.

Digitized by Google

Hic quæri poſſet, quot dies pro menſe computandi ſint. De hoc dubio, vide opiniones apud *Menoch. de arbitrar. iud. libr. 2. cent. 1. caſu, 50.*

Deciſum eſt, *d. Ordinat. par. 2. tit. 30.* §. Vnd ſollen ꝛc. videlicet triginta dies computandos, quod nedum in cauſa appellationum, ſed in omni termino, eiusdemq; prorogatione intelligendum creditur.

Intrà ſex menſes itaque Citatio extrahi, & antè finem illorum reproduci debet, (quamuis olim ita comparatum fuiſſe conſtat, vt datis reuerentialibus, aut nullis Apoſtolis, ſex menſes, conceſſis autem refutatorijs, quatuor menſes, appellationi interponendæ præfixi fuerint, *Ordinatio Cameræ VVormac.* conſtituta *Anno* 1521. *titul.* Wie in Appellation ſachen ꝛc. *fol. mihi*, 118. *&* *Norinber. Anno* 1523. *tit.* Wie in Appellation ꝛc. *fol.* 154. *Et Comitiis Imperij Anno* 1529. *habitis &c.* §. Item der Sechs vnd Vier ꝛc. *fol. mihi* 181.) Quare ſi appellans † ne-
80 gligentia præuentus, citationem præfixo tempore commodè reproducere non poſſit, vt ſi in quarto aut quinto menſe petat proceſſus, & fatalium prorogationem, non videtur audiendus, de ſe enim queri debet, quod ſe nimium arctarit, niſi diſtantiam locorum, aut alias idoneas cauſas alleget, quibus impeditus non extraxit Citationem, *Ordinat. Camer. Imp. par. 2. titul.* 30. §. Würde aber ꝛc. *in fine*, adeò, vt nec ignorantiam, vel locorum conſuetudinem prætendere poſſit, *Ordinat. d. loco, §. fin.*

Hinc exſurgit illa quæſtio, termino in ferias incidente, fatalibusq; poſtea exſpirantibus, an reproductio &c. appellanti adhuc ſalua ſit?

Omiſſa longiore diſputatione, de qua *Gail, lib. 1. obſ.* 140. *nu.* 4. *cum ſeq.* deciſum eſt *Comitiis Imperij Anno* 70. *Spiræ habi-*
81 *tis*, §. Ob wol auch ꝛc. *fol. mihi*, 614 † propter incidentes ferias appellationem non effici deſertam, ſed poſt finem illarum, reproductioni locum eſſe.

82 Cæterum controuertitur, an illa deciſio † aut conſtitutio indi-

indiſtinctè procedat, ſintnè feriæ paruæ, vel ſub finem longarum terminus incidat, an verò aliud probandum ſit, ſi ab initio feriarum terminum expiraſſe proponatur?

Et quidem prima facie videtur dicendum, nullam diuerſitatis rationem eſſe attendendam, cum deciſio generaliter concepta, generaliter exaudienda ſit, *iuribus vulgatis &c.*

Secundò, quod petita reſtitutione in integrum, quæ hoc caſu concedi poſſet, cauſa traheretur in infinitum, vndè conſultius eſſe, ſi iudex ſublato hoc circuitu, appellationem admittat &c.

In contrarium autem vrget *leg. ſed etſi per Prætorem, vigeſimæ ſextæ. §. ſextus. ſi feriæ, ff. quibus ex cauſis, Maiores &c. In hæc verba.* Solennium enim feriarum rationem haberi non debere, quia proſpicere eas potuerit, & debuerit Actor, ne in eas incidat.

Quibus accedat *d* §. Ob wol auch ꝛc. ibi, Doch dieweil in dieſem ermeſſen ꝛc. ideò appellantem audiendum, quia debitam diligentiam adhibuerit, & interuentu feriarum impeditus fuerit, hic autem ſe nimium arctarit, quare ipſi imputandum ſit.

Benignius tamen videtur, id cauſa cognita, & rerum circumſtantijs ponderatis ſtatuendum, *arg. l. 2. non exigimus, §. 8. ſi quis tamen, ff. ſi quis cautionibus &c.* Neque enim ſic arctandus eſt appellans, vt poſſit ei dici, cur non multò ante citationem extraxerit, quam dies feriarum veniret, neq́, iterum permittendum ei, ſi quid ſit, quod ei imputari poſſit, multæ enim circumſtantiæ interuenire poſſint, vt puta abſentia Aduocati, *l. 23. ait Prætor, §. fin. ff. quibus ex cauſis &c.* Vel mors, vel ſi alia mora iudicij contigerit &c. quæ appellantem, nomine negligentiæ, defendere, & alia quæ ipſum arguere poſſunt.

Quare arbitrio iudicis rem committendam, *argumen. l. 15. ab hoſtibus, §. fin. cum l ſeq. ff. quibus ex cauſis maiores &c.* In omnem tamen euentum conſultum eſſet, prorogationem petere

ad

ad euitandam cauillationem deſertionis, ex abundanti cautela, quæ non nocet, præſtat, inquam, prorogationem petere, *tom.* 1. *Synph par.* 2 *tit.* 15. *fol.* 303. ibi *nota in ſupplicat.* Licet etiam ipſo iure tempus videatur prorogatum, *Rulantus, de Commiſſ. par.* 3 *lib.* 8 *de proceſſ. iud. interrog. nu.* 49. *verſ. ſi à iudice*, vbi ita in quadam cauſa notatum refert.

83 Superiori quæſtioni hæc affinis eſt, † an ſufficiat reproductio citationis verbaliter facta, cum proteſtatione diligentiæ, deinde poſt lapſum fatalium realiter producatur.

Et quidem ſtricto iure, appellatio videtur deſerta, quia requiritur realis productio Citationis, intra tempus fatalium, & cum effectu, *Ordinatio Cam. Imp. par.* 2. *tit.* 30. *in fine*, *Mynſing. cent.* 1. *obſ.* 31. *cent.* 3. *obſ.* 54. *cent.* 5. *obſ.* 57. *tom.* 1. *Synph. par.* 2. *tit.* 17. *fol.* 343. *nu.* 9. *Rulantus, d. l.* 8. *cap.* 13. *poſt nu.* 49. verſic. *ſi ſic an realis*, vbi id præiudicijs confirmat, & in terminis *Denaiſius*, in verbis *appellationis deſertio &c. nu.* 4. quibus accedat receſſus deputationis, *Anno* 1600. §. Dieweil auch ꝛc. *fol. mihi*, 768.

Verum, hæc quæſtio deciſa eſt *Comitiis Imperij*, *Anno* 94. *Ratisbonæ habitis* §. Wann auch befunden wird / *fol. mihi* 723. vbi definitum, cum illa proteſtatione prorogationem fatalium petendam, deinde cum reali reproductione Proceſſuum, legitimas cauſas prorogationis inferendas eſſe audita parte, quod ſi aliter factum, etiam ex officio deſertionem attendendam, hoc tamen ſingulariter declaratur, niſi appellatus in termino introducendæ appellationis pro ſuo Intereſſe proſequi appellationem vellet, hic enim licet ex parte appellantis, non legitimè reproducentis citationem appellatio, iudicetur deſerta, aliud tamen obtinet in perſona appellati, ita ſtatutum dictis *Comitiis Imperij, Anno* 94. *habitis*, §. Wann auch bißweilen / *fol.* 724.

84 Porrò, † hi ſex menſes, quos non ex die prolatæ ſententiæ, ſed appellationis interpoſitæ, currere ſtatuitur, *Ordinatio Cam. Imp. par.* 2. *tit.* 30. §. 1. in verbis; Von zeit an der Interponirter

Digitized by Google

nirter Appellation zurechnen ꝛc. in quam rem non rectè allegatur *Clementina, ſicut, hoc tit.* quia non de introducenda ſeu inchoanda, ſed proſequenda appellatione mentionem facit, continui ſunt, & currunt de momento in momentum, *Mynſingerus. cent. 6. obſ.* 12. nec à Iudice A QVO prorogari poſſunt, ſed minui, *Ordin. Cam. Imp. d. tit.* 30. *in princ.* in verbis, Vnd nicht darüber ꝛc. (quod notandum propter definitionem *l.* 4. *ſi ſe,* §. 5 *ſi quis, ff. de re iud. ibi,* SIN autem ampliorem numerum dierum, ſua definitione iudex amplexus eſt, computabitur reo, & legitimum tempus, & quod ſuprà id iudex præſtitit) *Gail, lib.* 1. *obſ.* 140. *nu.* 1. *&* 2. *Author præiud. Cam.* in verbo, *appellationis fatalia*, verſic. *Ordinat. Cameræ &c.* vbi refert in quadam cauſa, appellationem pronunciatam deſertam, ob non ſeruatum terminum ſtatutum appellationi introducendæ, à Iudice, & quidem minorem tempore conſtituto in Ordinatione Cam. Imp.

Non deſunt tamen rationes dubitandi, quibus colligi videtur, poteſtate inferiorum iudicum abbreuiationem termini, ab Imperio præfixi, non contineri.

Primo, ſe offert *d. l.* 4. *ſi ſe,* §. 5. *ſi quis ff. de re iudic. ibi.* SED ſiquidem minorem ſtatuerit diem Iudex, tempore legitimo repleatur ex Lege, quod ſententiæ Iudicis deeſt.

Secundo abſurdum videtur, tempus conſilio atq; iudicio ſupremi iudicis præfinitum ab inferiore iudice reſtringi poſſe, *argum. l. ille,* §. 4. *tempeſtiuum, ff. ad S. C. Trebell.*

His rationibus dubitandi, infrà occurretur.

Præfixum † itaque tempus à iudice æque attendendum, ac 85
ſi à lege ſtatutum ſit, quamuis quidam exiſtiment, datis Reuerentialibus Apoſtolis tantum, iudicem terminum præfigere poſſe, quos refert, & ſequi videtur *Rulantus. par.* 3. *lib.* 8. *de Proceſſ. iudic. interrog. cap.* 13 *num.* 49. verſic. *ſi ſic quod æque &c.* quibus repugnat *Ordinatio Cam. Imp par.* 2. *tit.* 30. *& Notator ad Camer. Imper.* ibidem *fol.* 312. vbi contrarium obſeruari refert adcò vt niſi intrà terminum hominis aut legis, introdu-

catur, cum effectu appellatio efficiatur deſerta, *Rulant. d. loco, poſt. numer*: 49. verſicul. *ſi tempus à lege*, vbi hoc præiudicijs aliquot confirmat, quod tamen cum hoc temperamento intelligendum exiſtimatur.

86 Primò, vt † parui temporis interiectæ moræ, poſt præfixum introducendæ appellationi diem, vt puta, vnius aut alterius diei, ratio habenda non ſit.

In cuius opinionis corroborationem adduci poteſt *argumentum legis* 8. *etſi poſt ff. ſi quis cautionibus, l. ab hoſtibus*, 15. §. *ſed quod* 3. *cum l. ſeq. ff. quibus ex cauſis maiores, leg. Pannonius* 86. *ff. de acquirenda hæreditate, l.* 135. *ſi ita quis*, §. *Seia*. 2. verſic. *ſi non multo poſt &c. ff. de verbor. obligat. l.* 2 *ſi ſeruus*, §. *ſolet itaq;*, verſic. *quod vtiq;* facilius admitti poterit, ſi non, poſt longum temporis ſpatium, hoc deſideretur, *legis fin.* §. *primo. & cum antea*, verſic. *Sancimus Cod. de tempor. appellation.* quia vt ait I.C. *in l.* 21. *ſi debitori, ff. de iudiciis*, magnum damnum non eſſe, in mora modici temporis, & ita obſeruatum in quadam cauſa refert *Rulant. d. par.* 3. *lib.* 8. *de proceſſ. ind. interr. cap.* 13. *poſt nu.* 49. verſ. *ſi non adfuit.*

Quibus reſpondent tradita à *Bolanò, Tractat. de in integr. reſtitut. capit* 371. *in Parlamento Dolano*, tardius vno, aut duobus diebus, introducta appellatione, eam non haberi pro deſerta, neq; huius interpoſiti modici temporis rationem conſiderari, ratio tamen iuris repugnare videtur, cum enim Ordinatio præciſè, intrà ſex menſes, appellationem introduci præcipiat, *d. par.* 2. *tit.* 30 ibi, Vnd nicht darüber ꝛc. & elapſo vltimo die, parti aduerſæ ius quæſitum ſit, *Clemen. ſicut, hoc titul. Mynſingerus, centur.* 3. *obſ.* 54. *in fin. Gail, lib. obſer.* 140. *poſt numer.* 4.

Quare dicendum, ſtricta diſputandi ratione, appellantem non audiendum, nam vbi propter actum non explicatum, legitimo tempore, priuatio vel executio fit à lege vel homine, receptum eſt, moræ purgationem non admitti, maximè interueniente die & pœna, *leg. vigeſima tertia. Celſus*,

ſus, ff. de receptis arbitr. leg. Thais, 41. §. *intrà, duodecimo ff. de fideicommiſſ. libertat.* communiter Dd. *in l.inſulam, ff. de verbor. oblig.*

Hic itaq; videmus, pro vna parte ius, pro altera æquitatem ſtare, & cum ratio poſtulet, vt ad humanitatem & benignitatem propenſiores ſimus, *argumen. l. Arrianus*, 47. *ff. de obligat. & action.* in multisque humanitas ſubtilitati, æquitas ſtricto iuri præferatur, *l.* 16. *ſi fundus*, §. 6. *ſi plures, ff: de Pignorib.* Et in omnibus quidem maximè tamen in iure æquitas ſpectanda, *l. in omnibus* 90. *ff. de reg. iur. l. placuit*, 8. *C. de iudiciis, l.* 168. *l.* 183. *ff. de R. I.* humanius eſt parui temporis interiectæ moræ rationem non habendam.

Et hac humanitatis ratione ſuggerente, non ſemel appellationem receptam fuiſſe, in ſupremo Imperij iudicio, refert *Notar. ſub nomine Magenhorſt, ad Ordinat. Cam. Imp. par.* 2. *titul.* 30. *fol.* 308.

Secunda declaratio, eſt, † niſi intrà terminum legis, aut ho- 87
minis à iudice appellationis prorogatio petita non ſit, (quæ quidem prorogatio fatalium citationi inſeritur, non autem cauſæ prorogationum, ex receſſu viſitationis *Anno* 59. §. Als ſich dann ꝛc. *Ciſnerus ad Ordinat. Camer. Imper. part.* 2. *titul.* 30. *Ordinatio Cameræ Imperial. part.* 2. *tit.* 30. §. Würde aber durch ꝛc. *in fine.* vbi vnica cauſa prorogationis, ſcilicet diſtantia locorum expreſſa, iure extenditur ad ſimiles, vim maiorem, bellum, peſtem, inundationem aquarum &c. modò huius rei legitimum documentum exhibeatur, aut notorium ſit, de his *vide ſupplicationes, & vota, Tom.* 1. *Symph. par.* 2. *tit.* 15. *de fatalibus, per totum*: idq; nõ immeritò, ſcriptam enim ſequi calumniatoris eſt, boni verò Iudicis voluntatem ſcriptoris, quæ Lex enim, quod S.C. quod Magiſtratus Edictum, quod teſtamentũ non infirmari aut conuelli poterit, ſi ad verba rem deflectere velimus? conſilium autem eorum, qui ſcripſerunt, & rationem, & authoritatẽ relinquamus, non enim ex verbis totum pendet ius, ſed verba ſeruiunt hominũ conſilijs, & autho-

Digitized by Google

ritatibus,nec verba veniunt in iudicium, ſed ea res, cuius cauſa, verba in leges coniecta ſunt &c. vt ait *eleganter Cicero pro Cæcinna, & cap. humana, 11. 22. q. 5. cap. 41. ſecundo requiris, ext. hoc tit.* nam quoties Lege aliquid vnum vel alterum introductum eſt, bona occaſio eſt, cætera quæ tendunt ad eandem vtilitatem, interpretatione ſuppleri, *l. 13 nam vt &c. l. 12. non poſſunt. l. ſcire, 17 ff. de legibus, l. 2. in fine, C. Communia de legatis.*

88 Verum, dubium eſt, † an inter iuſtas cauſas prorogationis fatalium referri debeat Tractatus concordiæ vel proponatur cauſam verſari in terminis compromiſſi, aut tranſactionis.

Et ſunt, qui exiſtiment, *authorit. Clemen. quamdiu, hoc titul.* pendente, aut durante tractatu concordiæ, aut compromiſſi, fatalia non concurrere, iuſtamque cauſam eſſe prorogationis, alias appellans facilè decipi poſſet, & obſeruatum, in quadam cauſa *refert Rulantus, par. 3. lib. 8. de Proceſſ. iud. interrog. cap. 13. verſic. ſi non &c.*

In contrariam partem videtur, inclinare *Gail, lib. 1. obſeru. 140 numer. 8. & ſequen.* & expreſſius ſtatuitur *Tom. 1. Symph. par. 2. tit. 15 mihi fol. 302.* ibi *cum fatalia ſint &c. & fol. 305.* ibi Iſt iudicialiter. *in fine &c. & tom. 1. par. 2. tit. 16. vot. 3. num. 7.* quia tractatus concordiæ non ſuſpendat tempus fatalium, ſed compromiſſum, *dict. clemen. quamdiu.* Multò minus iuſta cauſa prorogationis alicuius termini, aut dilationis erit, ſi allegetur, forſè nuncium in via eſſe &c. ita ſtatutum *diſputatio. receſſ. Anno 1600.* §. Wiewol auch alle 2c. *fol. mihi, 767.*

89 Porrò, † hic ſciendum eſt, referre, an prorogatio ſex menſium, an verò termini minoris à iudice A QVO præfixi, petatur.

Primo caſu, non præcedente cauſæ cognitione prorogationem non concedendam, ideoq; cauſas citationi inſerendas non eſſe, ſin autem iudex minorem diem tempore præfinito introducendæ appellationi ſtatuerit, etiam non probata cauſa impedimenti, replendum ex lege, quod ſententiæ iudicis deeſt, *l. 4. §. ſi quis condemnatus, ff. de re iud.* & nec hic cauſas proroga-

rogationum proceſſui inſerendas, vt definitum eſt *Comitiis Imperij, Anno 94 habitis*, §. Als ſich auch der ꝛc. *fol. mihi 723.*

Ex his † conſtat, prorogationem fatalium, intrà terminum, ex iuſtis cauſis, ſupra à nobis relatis, petitam concedi, humanum enim eſt, vt ait I. C. *in l 36. interdum, ff. de iudiciis*, propter fortuitos caſus, dilationem accipi. Dixi *Iuſtis cauſis*, quod non ſolum de hac prorogatione, ſed etiam de omni dilatione, eiuſdemq́; prorogatione, locum ſibi vindicat. 90

Et quamuis quidam repugnent ad *l. fin. ff. de feriis*, quos copiosè allegat *Petrus Gilken. in Rubric. de dilation. nu.* 20. videlicet, prorogationem alicuius termini, abſq; præcedente cauſæ cognitione, à Iudice concedendam; Moti *authorit. l. 5. ſed ſi manente, ff. de Precario. l. ſed ſi, 4. §. ſi quis condemnatus, 5. ff. de re iudic.* Tamen, cum contrarium *in Ordinat. Ratisbonæ conſtitutum Anno* 1507. *tit.* Wie die termin zuhalten ꝛc. verſic. Das aber ꝛc. *&* *Ordinat. Cam. Imp. par. 3. tit* 16. §. Was aber die dilationes &c. & de noſtro caſu, *Ordinat. d. par. 2. tit.* 30. §. Würde aber ꝛc. deciſum ſit, non diutius inſiſtendum, quod iuri conſentaneum conſtituo, *l. 2. qui pro Tribunali, l. 31. debitoribus, ff. de re iudic. l. 4. dies, ff. de damno infecto.* Cum aliàs contra diſpoſitionem iuris & ęquitatis, cum graui damno litigantium, lites protelarentur.

Secundo, † Dixi *intrà terminum; prorogationem petendam*, nam eo finito, ſiue à lege, ſiue ab homine præſcripto, recurrendum eſt ad remedium reſtitutionis in integrum, nec auditur appellans, ſi periculo ſuo decerni proceſſus petat, lapſis fatalibus, etiamſi releuantia impedimenta alleget, quæ excuſent ipſum, *Notator ad Ordinat. Cam. Imp. par. 2. tit.* 30. *fol.* 315. vbi hoc præiudicijs confirmat, ſed reſtitutionis in integrum beneficium implorandum; quod non facilè conceditur, cum partes habuerint ordinariam viam prorogationis, *Mynſ. cent. 3. obſ. 54. tom. 1. Symph par. 2. tit 15. fol.* 34. ibi *periculo partis, fol.* 36. ibi *ſimili modo, cum ſeq.* 91

Et ratio eſt, quia decurſo termino ius quæſitum eſt parti,

quod ea inuita & cauſa plenè non cognita, aufferendum non eſt, *Dd. ad l.* 1. *C. de dilation. Receſſ. deputatio. Anno* 1600. §. Wiewolauch ꝛc. *cum ſeq fol. mihi,* 767.

92 Vndè cauſæ † in ſupplici libello, ob quas reſtitutio imploratur, allegandæ, quæ ſi releuantes videntur, citatio ad videndum ſe reſtitui &c. decernitur, *Gail, libr.* 1.| *obſer.* 143. *numer.* 5. non tamen cauſæ articulatim reſtitutionis deducendæ ſunt, vt quibuſdam videtur per *Ordinat. Camer. Imp. par.* 3. *tit.* 52. §. 1. quia procedit, ſi aduerſus definitiuam ſententiam reſtitutio petatur, *receſſu deputat. Anno* 1600. §. Wann gegen einer ꝛc. *fol. mihi,* 772. *tom.* 4. *Symph. par.* 2. *ſuppl.* 63. *fol.* 61. in proceſſu autem, tantum ſuper reſtitutione, non in cauſa principali procedendum.

93 Et neceſſè habet † pars impetrata, non ſolum impedimentum probare, ſed etiam adhibita diligentia expediendi actum, ob impedimentum ſuperueniens, remoratum fuiſſe, *l.* 26. *ſed etſi*, §. *ſeptimo. ſi feriæ, ff. quibus ex cauſis, maiores, l.* 2. *non exigimus*, §. *quod diximus*, ibi, *Tempeſtatem intelligere debemus talem, quæ impedimento ſit itineri vel nauigationi, ff. ſi quis cautionibus. Text. notabilis, in l. qui commeatu,* 14. *ff. de re militari*, vbi Iuris Conſul. *inquit*, rationem habendam eſſe, temporis nauigationis, itineris, aut ſi ob aliam cauſam moram paſſus ſit, dum non tardius à loco profectum ſe probet, quàm vt occurrere poſſit.

Quibus accedat ratio *legis* 4. *tempus, ff. de vacatione munerum &c. iuncta l. non omne,* 38. *ff. de ſtatuliberis,* non omne interueniẽs impedimentum proderit, ſed id duntaxat, quod impediendæ appellationi interuenit, non ſufficit, inquam, ſola impedimenti probatio, ſed requiritur, remoto impedimento probatio, quem non fuiſſe in mora, neq; ſe nimium arctaſſe, ſed debitam diligentiam adhibuiſſe, & hanc doctrinam præiudicio confirmat *Author præiudicior. Cameralium* in verbo *termini circumductio, fol,* 334. ibi *ſi cui præfigitur &c.* quare ſi culpa argui poteſt, quod in impedimentum acciderit, non erit audiendus,

dus, *argumen. l. 16. non enim, ff. quibus ex cauſis maiores &c. l. 7. ſi fideiuſſor, §. 1. ſi neceſſaria. ff. qui ſatiſdare coguntur &c.* quò pertinet recepta enunciatio Interpretum, excuſationem illius non eſſe recipiendam, ſi difficultas aut impedimentum ſuperueniens potuerit præuideri, *l. ſi vehenda, §. penult. ff. ad l. Rhodiam de Iactu, iuncta l. 14. qui autem, §. 2. ſed etſi quis, ff. de conſtituta pecunia, cap. vnico de commodato. cap. 2. extra de depoſito.*

His adhuncmodum propoſitis, reliquum eſſe videtur, vt excutiamus, qua ex cauſa reſtitutio in integrum implorari poſſit.

Secundo, quæ ſit ratio docendi, quem fuiſſe impeditum, vt reſtitui poſſit.

Quod primam quæſtionem attinet, cum multi caſus euenire poſſint, qui deferant reſtitutionibus auxilium, nec ſingulatim enumerari, vt quoties æquitas reſtitutionem ſuggerit, impeditis ſubueniendum, *l. ſed etſi, 26. §. nono, item inquit Prætor, ff. quibus ex cauſis maiores*, inquam rem *Textus elegans adduci poteſt, l. ſcire, 13. §. ſi enim, 7. ff. de excuſation. Tut. In hæc verba,* Si enim quis propter ægritudinem, vel aliam neceſſitatem, puta maris vel hyems, vel incurſus latronum, aut aliam quam ſimilem, conſtituto tempore non poterit venire, ignoſcendum ei eſt, cuius fidem tametſi ſufficit, firmare ex ipſa naturali iuſtitia, eſt tamen & conſtitutio &c.

Quæ autem † ratio docendi ſit, quem impeditum fuiſſe ex iuſta cauſa, maioris controuerſiæ eſt, vt videre eſt apud *Gilken. in Rubrica de dilationib. numer. 30. vsq. ad finem.* 94

Sunt enim qui exiſtimant, rem committendam iuramento impediti, *arg. cap. quia, 42. §. illud, ext. de Electione, argum. cap. paſtoralis, ext. de Exceptionib.*

E contrario autem videtur, rem iuramento non eſſe decidendam, ſed idoneam probationem exigendam, *l. cum anterioribus, quinta §. illud, C. de temporib. appellation.* qua cauetur,

uetur, appellatori incumbere, vt doceat euidentiſſimis probationibus, ſe ſumma quidem ope niſum, voluiſſe litem exercere, ſed per iudicem ſtetiſſe, aut per aliam inexorabilem cauſam &c.

In hac contentione verius videtur, nihil certi definiri poſſe, ſed arbitrio iudicis committendum, qui pro cauſæ qualitate, & quantitate, & perſonarum conditione, alijsq́; rerum ponderatis circumſtantijs conſtituet, an iuramentum ſufficiat, an verò plena probatio exigatur.

In cuius opinionis fulcimentum, adduci poteſt *l. non omnes, 5. §. à Barbaris, 6. ff. de re militari*, vbi an affirmationi alicuius credendum, id inſpecto vitæ eius præcedentis actu, ſtatuẽdum eſſe colligitur, videatur *Mynſing. cent. 3. obſ. 92. Gail, lib. 1. obſ.* 143. *nu.* 4. *in fine*, ſi itaq́; ex cauſa deſertionis, reſtitutus ſit beneficio prætoris, *l. 1. §. final. ff. quibus ex cauſis maiores &c.* quod tamen non indulgendum appellatione, per ſtatutum, aut reſcriptum ſublata, *Græuæus, ad Gail, concl.* 143. *nu.* 16. vbi *latè de impedimenti probatione &c.*

95 Animaduertendum, † quis fuerit ſtatus rei, antequàm læſio contigerit, quatenus enim cuiusq́; ius læſum ſit; vt eatenus reſtitutio fiat. V. G. ſemeſtre tempus quod præfinitum eſt introducendæ appellationi in Cam. Imp. ſi appellans negligens fuerit duobus menſibus, in extrahendis proceſſibus, tertio autem menſe decumbat ex morbo, qui duret vsq́; ad termini cõſtituti exitum, implorata reſtitutione in integrum, aduerſus lapſum fatalium, duorum menſium, quibus negligens fuit ad introducendam appellationem; non habebitur ratio, ſed tantum eius temporis reſtitutio facienda eſt, quo agenti impedimento valetudo fuit, *l. 26 ſed etſi, §. 7. ſi feriæ, ff. quibus ex cauſis &c. in verbis*, Sed cum feriæ tempus eximunt, reſtitutio duntaxat ipſorum dierum facienda eſt, non totius temporis. Et ita *Iulianus, lib.* 4. *ff.* ſcribit, ait enim, reſciſſionem vſucapionis ita faciendam, vt hi dies reſtituantur, quibus actor agere voluit, & interuentu feriarum impeditus eſt.

Secun-

Digitized by Google

Secundo, idem probat *d. l. 26. § quotiens, in hac verba.* Quotiens per abſentiam, quis non toto tempore aliquem excluſit, vt puta, rem tuam poſſedi, vno minus die, ſtatuto in vſucapionis tempore, deinde Reipublicæ cauſa abeſſe cœpi, reſtitutio aduerſus me, vnius diei facienda eſt, quia tantum temporis reſtituendum, quanto tempore quis læſus eſt, *Pomponius, in leg. vlt 50. ff. de minoribus*, ait, ſe didiciſſe, ex tempore in integrum reſtitutionis, tantundem temporis præſtandum, quantum ſupererat, idem iudicium eſt; ſi quis ex perſona defuncti imploret reſtitutionem in integrum, *l. 19. interdum in fine, ff. de minoribus.*

Neq; has leges puto abrogatas, *l. fin C. de temporib. in integ. reſtit.* illa enim *conſtitutio Iuſtiniani*, non pertinet ad tempus reſtitutionis, ſed ad petitionem reſtitutionis, duo namq; ſpectanda, † tempus, quod quis petit ſibi reſtitui, & tempus, intrà 96
quod imploratur reſtitutio, *Duarenus, in tit. de temp. in integr. reſtit fol. mihi*, 304. *Cuiacius, lib. 19. obſ. obſ.* 15. *circa finem*, quæ confirmantur *Clemen. vnica, de in integ. reſtitut.*

Et hæc, ſi Iuris Communis definitionem intueamur, *vide tamen leg.* 10. *ait*, *§. ſi*, 23. verſic. *ſi tamen, ff. quæ in fraudem &c.* Etenim † *Nouiſſima Spirenſi conuentione Anno* 1600. §. Als auch 97
die reſtitutiones &c. *fol. mihi*, 767. deciſum ad petendam aduerſus lapſum fatalium terminiuè præiudicialis, in integrum reſtitutionem, tempus quantum re integra competierit, nec plenius indulgendum eſſe. De hac re *vide Authorem præiudiciorum*, in verbo *reſtitut. in integr. Tom.* 1. *Symph. par.* 3 *tit deciſio & reſolutio. dubiar. deciſion. 69.* ibi *de reſtit. contra lapſum fatal. fol.* 153. *& tom. 2. part. 2. titul. quæſt. dubiar. numer.* 155 *fol.* 209.

Hæc hactenus de introducenda appellatione ſuffecerint, reliquum eſt, vt progrediamur ad tempora appellationis proſequendæ.

Requiritur † itaque, vt intrà ſtatutum proſecutioni appellationis tempus, videlicet inter annum, eam appellans pro- 98

ſequatur, (vel ſecundum I.C. tempora prouocationis exerceantur, *l. 2. §. 3. legatis*, verſic. *ei quoq;, ff. de iudiciis.*) *l. ſi contra, 8. leg. 18. quoniam, Cod. hoc titul. Authent. ei qui, Cod. de temporib. appellat. cap. cum ſit, 5. cap. 26. §. ſi verò, capit. ſæpè, 44. §. Saluis, capit. conſtitutus, 45. capit. oblatæ, 57. extr. Clemen. ſicut, eodem hoc titulo*, idem probandum eſt, ſi tempus reciſius ſtatutum ſit Anno legali, vt appellans neceſsè habeat, inter illud, appellationem ſuam proſequi, *dict. capit. quinto. cum ſit.* adeò, vt elapſo primo fatali, ſi appellans cauſam proſecutus ſit, ſententia lata, intrà ſecundum annum à iudice, appellatio cenſeatur deſerta, vbi ſecundum fatale, non expreſsè à iudice ſit conceſſum, *Græuæus ad Gail, concluſ.* 141. vbi hoc authoritatibus & deciſionibus confirmat, *Mynſingerus, cent. 2. obſ. 59.*

99 Hinc deducitur † decurſò anno, ſententiam poſſe executioni mandari, quaſi appellatione deſerta, *d. authentica, ei qui, l. fin. §. illud, C. de tempor. appell. Clemen. ſicut, hoc tit.*

In contrarium autem allegatur *cap. 12. ex part. ext. de reſcriptis, & d. auth. ei qui*, cuius verò ſententia eſt, ex iuſta cauſa alterum annum indulgendum, quaſi primo anno elapſo, niſi cauſa doceatur, ſententia exequenda ſit, citata tamen ad hoc parte, *Baldus, in l. 2. C. de tempor. Appell. Maran. par. 6. hoc tit. nu. 231. vſq; ad nu. 234.* quæ docere poterit de impedimento, tunc ex cauſa biennium aut triennium conceditur, *d. authent. ei qui, cap. 8. ex ratione, ext. hoc tit.*

100 Sed neceſſariam † eſſe proteſtationem hic concludunt *gloſſa & Dd. in capite ſexto. cupientes, §. quaſi, de Electionibus in 6. C. de his qui propter metum &c. Maran. hoc tit. par. 6. nu. 230. vbi id declarat.*

101 Verum, hic non intempeſtiuè quæritur, † cum appellanti concedatur annus, ex cauſa biennium, ſi is partim negligens, partim impeditus fuerit, vt per menſem impeditus, alia autem parte anni negligens, annè concedendum biennium?

Qua

Qua in re variæ diſtinctiones adferuntur, ab *Hartmanno Hartm. hoc tit. de appell. obſ.* 14.

Alij vt *Guido Papæ, hoc tit. quæſt.* 101. *num.* 6. *&* *Ferrarius Montanus, hoc titul. capit. nono. numer.* 158. exiſtimant, primum & ſecundum annum dari à lege, & probata cauſa impedimenti declarandum eum appellanti competere, & ſecundo fatali nedum finita cauſa tantum temporis concedendum, quantum fuerit probatum impedimentum, *leg. ſed etſi* 26. *§.* 7. *&* 8. *ff. quibus ex cauſis maiores in integr. &c.* Sin autem tertium annum ingreſſus, negligens fuerit, in petenda reſtitutione, tunc illud tempus, quod ex tertio anno per negligentiam decurſum ſit, compenſari, cum tempore læſionis pro rata temporis, & ad reliquum tempus, quod ſuperſit, dari reſtitutionem in integrum, *l. ab hoſtibus*, 15. *§. ſed quod, ff. eodem titul.*

Sed, ſi nec hoc vltimo caſu, cauſa appellationis peragi poſſit, quid conſtituendum, ſi per ipſum non ſtet, quo minus ea decidatur? Alienum ab humanitate videtur, appellantem excludi, rurſum, ſi quid ſit, quod ei imputari poſſit, ferendus non videtur

Quare, in præſenti controuerſia, ſtatuendum puto, totum iſtud arbitrio iudicis temperandum, qui conſiderata negligentia, diligentia partis, interueniente impedimento, alijsq́; circumſtantijs conſtituet, an appellans in ea cauſa ſit, vt ad ſecundum fatale admitti debeat, quid enim ſi negligens fuerit per totum annum, & vno die impeditus, aut per menſem impeditus, & toto reliquo tẽpore negligens, nonnè indignus eſt, cui ſecundum fatale deferatur, ſi cauſa potuiſſet definiri? rurſum, ſi tanto tempore fuerit impeditus, vt veriſimiliter in reſiduo anni, non potuerit cauſa expediri, aut quid, ſi tanta interceſſerint impedimenta, & alia vt infrà tempus negligentiæ, ad finem perduci non potuiſſet, longum enim eſſet, ſi ſingula exequi voluerimus, quia multa incidere poſſunt, quibus alienum ab humanitate videtur, appellantem excludi

à beneficio ſecundi anni, quare æſtimare debet is, apud quem, de ea re agitur, *Argumento l. non enim*, 16 *ff. Quibus ex cauſis maiores &c.* videatur *& l. final.* §. *illud*, verſic. *niſi ipſe appellatur, C. de temp. appell.*

Porò, cum impedimentum variè conſiderari poſſit, quandoq; enim reſultat ex facto iudicis, aut ex facto tertij, appellantis, item appellati, deniq; vtriusq;.

Pro euidentiori explicatione non abs re me facturum eſſe iudicaui, ſi ſecutus partitionem à me propoſitam, quid in ſingulis membris obtineret, paucis complecterer.

102 Et quidem † ſi facto iudicis impeditus ſit appellans, ipſo iure an tutus ſit, an verò per reſtitutionem in integrum ei ſubueniendum ſit?

103 Et † *Panormitanus, in cap. ex ratione*, ibidem *Felinus Decius, hoc tit.* conſtituunt, reſtitutionem competere.

Primo, *authoritate l. ſed etſi per Prætorem*, 26. §. *ait Prætor, ff. Quibus ex cauſis maiores, in verbis.* Si per dilationes iudicis effectum ſit, vt actio eximatur, fiat reſtitutio, ſed etſi Magiſtratus copia non fuit, Labeo ait, reſtitutionem faciendam &c.

Secundo ſi per iudicem ſtet, quò minus intrà triennij ſpatium lis finiatur, inſtantiam peremptam eſſe, ſed dari reſtitutionem in integrum, *Dd. ad l. properandum*, §. *ſin autem vtraq;*, *C. de iudiciis, Mynſing cent.* 1. *obſ.* 42. *Maranta, par.* 5. *tit. Et omnia fiant durante inſtantia, nu.* 31. Ergo idem probandum in ſecunda inſtantia.

Tertiò, adduci poterit *l. fi.* §. *illud C. de temporibus appellat.* vbi ſtatuitur emenſo anni ſpatio, quod proſecutioni appellationis definitum eſt, ſententia ad effectum producatur, niſi doceat per iudicem, vel per aliam cauſam ſtetiſſe, tunc aliud tempus annale indulgeatur, quod elapſo cadat de appellatorio iuuamine, cum facultas ſit appellanti, tarditatem iudicis in quærelam deducere.

Contrariæ opinionis † propugnatores ſunt *Caſtrenſis, Salicetus, in Authent. ei qui, C. de tempor. appellat. Gilken. in l. properandum,*

randum, §. *ſin autem vtraq; nu.* 15. *cum ſeq. C. de iudiciis, Mynſing. cent.* 2 *obſ.*62. *cent.*5.*obſ.*98. Quæ opinio ſumma æquitate ſubnixa eſt, cum implorata reſtitutione in integrum, cauſa principalis cum graui detrimento partium in aliquot annos protraheretur &c.

Pro confirmatione huius Opinionis autem, ponderari poteſt *textus in Nouella* 119. *vt ſponſalitia largitas, cap.* 4. *hoc quoq; Sancimus, Authent. ſi appellatione, C. de tempor appell.* vbi expreſſè cauetur, ſi iudex ſuſcipere differat, nullum generari præiudicium; ſed poſt hoc examinandas appellationes; (quæ verba ponderanda) & legitima ſententia terminandas.

Secundo, adferri poteſt *Authent. ſed & lis, l. final.* §. 3 *ſi tamen, C. de temp. appell. Nouella,* 23. *de appell. cap* 2. *adhæc Sancimus,* in verbis, *Cauſa intacta maneat &c. cum tit. ſeq. Epitome Superioris conſtitutionis, cap* 1. *ſi dum Principi &c. & cap.* 50. *ex inſinuatione, ext. hoc tit.* Quibus ſtatuitur, ſi lis in Conſiſtorium Principis inferatur, & ſpatio biennij compleri non poſſit, intacta maneat, ſiue *vt d.* §. 3. *ſi tamen*, loquitur, perpetuari eam concedimus, quæ de petenda in integrum reſtitutione intelligi non poſſunt.

Nec quidquam facit ſolutio aduerſariorum, *Textus*, de Principis Conſiſtorio loqui, licet enim ita ſit, cum tamē ratio expreſſim comprehenſa dictis locis æquè vrgeat in noſtra ſpecie, idem ius ſtatuendum, quod, inquit, eſt vitium litigantium, ſi culmen Imperatorum occupetur, quæ culpa imputari poterit appellanti, ſi multitudine negotiorum diſtringatur Iudex, aut alia ex cauſa facto iudicis impediatur &c.

Huc non incommodè meo iudicio adferri poteſt ratio *l. intrà* 39 *ff. de minoribus*, vbi petitio ſeu lis, de in integrum reſtitutione, intrà tempus vtile finienda erat, ſecundum *Duaren. in tit. de temp. in integr. reſtit. circa medium*, vel quod magis videtur, minores finita appellationis cognitione, & iniuſta appellatione pronunciata, egreſſi ætatem deprehenſi erant, quæſitum eſt, an cætera negotij impleri poſſint. Reſpondet I. C.

cum per eos non ſteterit, quo minus res finem accipiat, perindè cognoſci, atq; ſi nunc intrà ætatem eſſent, quæ ratio iure ad hunc caſum accommodari poterit, cum per appellantem non ſtet, quò minus res finem accipiat, perindè cognoſci, atq; ſi nunc intrà tempus proſecutioni appellationis definitum ſit, æquum eſt enim, ſi per eum ſtet, qui debeat litem finire, ne hoc appellanti noceat, *arg. l. vnica. ff. de libellis dimiſſor.* quæ videtur eſſe ſententia, *d. Nouell.* 119. *cap. hoc quoq; &c. ſed & poſt hoc examinari appellationes &c.*

Quare cum captione litigantium imploratio reſtitutionis in integrum futura ſit, benignius & tollerabilius erit, appellantes impeditos facto iudicis ipſo iure tutos conſtitui, quàm querelam inferre.

105 Nec obſtat †*Nouella* 49. *de his, qui ingrediuntur &c.* §. *ſed plurimi, iuncto cap.* 1. *quid ergo agere, &c.* vbi Imper. Iuſtinian. *d. l. fin.* §. *illud, C. de tempor. appell.* confirmat, Non obſtante quod quidam querelam intulerant proſecutionem appellationis, intrà legitimum tempus impetrare non valuiſſe, propter quoſdam ineuitabiles occupationes &c. & tamen legem tranſcendere non vult, vt inquit *Textus*, nam quid obtineat, ſi Iudex appellationem biennio circumſcriptam ſuſcipere differat, idem *Iuſtinianus &c.* definit *in Nouella* 119. §. 4. *hoc quoq; &c.*

106 Quare concludendum, † ſi per iudicem ſtet, quò minus in cauſa procedatur, parti non currere fatalia, vti ſtatutum refert *Ciſnerus, ad Ordin. Cam. Imp. par.* 2. *tit.* 30. ibi, Nach dem das ꝛc. *Denaiſius, cap.* 33. §. 9. *mora.*

107 Idem iudicium † eſſe creditur, ſi impedimentum procedat ex parte nuncij, *argum. legis quinta, Praeſes, C. hoc tit.* cuius mora & negligentia parti nullum præiudicium inferre debeat, & neque hoc caſu, reſtitutione in integrum opus eſſe, refert *Mynſing. cent.* 2. *obſ.* 62. *tom.* 4. *Symph. par.* 1. *voto* 10. *nu.* 2. *&* 3. *& voto* 19. *nu.* 15.

Quod adeò verum eſt, vt circumductionis non habeatur
108 ratio, † ideoq; abſq; noua citatione procedi poſſit, *Mynſinger. cent.*

cent. 2. obſ. 63. Gail, lib. 1. *obſ. 59. nu.* 3. Videatur tamen *Denaiſius*, in verbo *appellationis deſertio, §. 6. fatalibus &c. tom.* 1. *par.* 3. *tit. deciſ. ac reſolut. nu.* 16. Ibi, es begibt ſich ꝛc. *fol.* 123.

Meminiſſe verò conuenit, † propter iudicis impedimentum neceſſariam eſſe proteſtationem, litigantium ſæpè repetitam, de fatalibus non lapſis, vel labendis, vt conſtituit *gloſſ. in capit. cupientes*, in verbo, *propoſita, de electionib. in 6.* per quam *Ioannes de Imola refert*, ſe obtinuiſſe cauſam fuiſſe iudicatam pro deſerta, nomine non interpoſito proteſtationis. 109

Et huic † ſubſcribunt *Alexander, Iaſon, Sichardus, in l.* 13. *§. ſin autem vtraq;, C. de iudiciis, Marant. hoc tit. par. 6. nu.* 230. Videatur *Mynſingerus, cent. 6. obſ.* 12. *nu.* 7. *Gail, lib,* 1. *obſ.* 141. *nu.* 9. vbi refert, communi praxi ita receptum eſſe, quò pertinet Communis Dd. enunciatio, vt impedito ſaluum ſuum Ius ſit, proteſtationem neceſſariam eſſe, *Mynſing. cent 3. obſ.* 59. 110

Sed licet quidam, † proteſtationem non eſſe neceſſariam, contendant, quos refert *Petr. Gilken. in l. properandum,* 13. *§. ſin autem vtraq;, nu.* 19. *C. de iudiciis, & Antonius Bardus, in Tract. de tempore vtili, cap.* 4. *nu.* 3. vbi authoritatibus & deciſionibus comprobat, appellantis impediti facto iudicis, proteſtationẽ neceſſariam non eſſe, ſed ſufficere, ſi de diligentia conſtet, & *Lancelottus* obſeruatum refert, ſatis eſſe, ſi conſtet de impedimento, etiam abſq; proteſtatione, *in tractatu de attent. part.* 2. *appellat.* 1. *nu.* 59. 111

Tamen non recedendum videtur à communi ſtylo, † qui quodammodo probari videtur, ex *Nouella* 49. *cap.* 1. *quid ergo, iuncta Nouell.* 119. *cap.* 4. vbi ſtatuitur, biennij lapſu confirmari ſententiam, niſi appellans occurrat, & manifeſtet ſuam præſtantiam Iudici appellationis, & quamuis ibidem nulla mentio fiat proteſtationis, tamen inde colligitur conſtare debere de diligentia appellantis.

Secundo, *ex l. fin. C. de vſuris pupillarib.* in verbo, *denunciationibus frequenter interpoſitis &c.*

Tertio, *argum. l. vnica, §. 2. ſufficit, ff. de libellis dimiſſoriis*, inſtan-

inſtanter & ſæpius, literas dimiſſorias eſſe petendas, vt ſi non accipiat, id ipſum conteſtandum, nàm inſtantiam repetentis dimiſſorias conſtitutiones deſiderant, quam & proſequentis appellationem deſiderare ſuprà oſtenſum eſt. Quibus reſpondent tradita à *Maranta, par. 6 hoc. tit. nu.* 419. *cum ſeq.* vt ſi lege, aut ſtatuto, definitio cauſæ appellationis, intra ſtatutos dies præfinita ſit, appellans autem, ſe non præbeat diligentem, in eadem decidenda appellatio cenſeatur pro deſerta.

Hæc de impedimento ex parte iudicis & nuncij &c. ſuffecerint.

113 Quod ſi autem † id ex parte appellantis procedere proponatur, hic, decurſo anno aliud annale tempus indulgendum, *Authen. ei, qui, C. de tempor. appellat. cap.* 5. *cum ſit, ext. Clement. ſicut, eod. hoc tit.* eoque emerſo ſi lis nondum finita ſit, cadere appellantem de appellatorio iuuamine, *l. fin. §. illud, C. de tempor. appellat. capitulo autem* 8. *ex ratione ext. de appellat.* Si conſtiterit per impotentiam, non potuiſſe finiri cauſam appellationis, nullum præiudicium inferri ſtatuitur; ſi enim morbo, vel alia neceſſaria & ſontica cauſa appellans diſtrictus, adeò, vt non fuerit ei facultas, intrà biennium exequendæ appellationis, æquum eſt, quod cauſa appellationis finem non accipiat, nihil præiudicij adferri debere, *cap.* 41. *imputari, de reg. iur. in* 6. vbi communiter Interpretes exemplum illius conſtituunt in impedito, proſequi appellationem, in quam rem etiam ponderari poterit, ratio *l.* 4. *cum hæres,* §. 5. *Stichus ſi hæredi. ff. de ſtatu liberis, l.* 35 *& Atilicinius, ff. de ſeruitut. ruſtico. prædio.* in verbis, *quorum poſtulatio mihi &c.*

Quo autem remedio huic ſuccurrendum erit?

Et quidem communi calculo receptum videtur, huic beneficio reſtitutionis in integrum ſubueniendum eſſe, *Canoniſtæ, in cap. ex ratione,* 8. *ext. hoc tit. Maran. par.* 6 *hoc tit nu.* 228.

Cum enim decurſo proſecutioni appellationis præfinito tempore, videlicet biennio, ius quæſitum ſit parti, citrà medium reſtitutionis in integrum, cauſa cognita, & auditis partibus,

audiendus erit, *per notata ad l. 1. C. de dilationibus. Et argumento* §. Wiewol auch ꝛc. *cum ſeq. fol. mihi, 767. nouiſſ. Spirenſi conuentione, Anno* 1600.

Sin autem † impedimentum ex parte appellati veniat, appellantem ipſo iure tutum, nec currere fatalia appellationis, referunt *Canoniſtæ, in d. cap. ex ratione, ext. hoc tit. Mynſing. cent.* 5 *obſ.* 89 *nu.* 5. 114

Et pro confirmatione huius opinionis adferri poterit *l.* 50. *dierum*, 38. *cum ſeq. ff. de excuſat. Tutor.* vbi peragendo negotio, ex die nominationis, continui quatuor mẽſes conſtituti ſunt, ſin autem quis mora contradictoris impeditus ſit, quo minus decreto liberetur, excuſationem etiam decurſis quatuor menſibus rectè probari ſtatuitur.

Porrò, & hic proteſtationem ſi non neceſſariam, ſaltem vtilem eſſe, conſtituit *Maran. hoc tit. par. 6. num.* 230. *Mynſing. cent.* 3. *obſ.* 59. *in fine.*

Sin verò † impedimentum ex facto tertij deſcendat, ex cõmuni Dd. ſententia impedito contra impedientem actio ad intereſſe datur, *argumento l. non exigimus*, §. *ſimili modo*, 9. *cum l. ſeq. ſed actio, ff. ſi quis cautionibus &c. Mynſingerus*, *cent.* 5. *obſ.* 98 *in fine.* 115

Obijcienti Leges, & rationes ſuprà allegatas, etiam hoc caſu militare, ideoq; impeditum ipſo iure tutum, cum per eum non ſtet, quo minus peragat negotium à lege ſibi iniunctum, *iuribus ſuprà allegatis.*

Occurrendum, eaſdem ſingularem declarationem recipere in tertio &c. *Canoniſtæ in cap. imputari*, 41. *& cap.* 66. *cum non ſtat de R. I. in* 6.

Reliquum eſt, vt diſpiciamus, quid obtineat, in impedimento, quod ex facto appellantis, & appellati euenit, vt puta, ſi expreſſo partium conſenſu, tempora appellationum prorogata ſint.

In qua re ſe diuidunt Dd.

Etenim, Caſtrenſis, & alij relati à *Gilken. in l.* 13. *properan-*

dum, n. 25. *cum ſeq. C. de iudic.* conſtituunt, tempus proſecutioni appellationis definitum, expreſſo conſenſu partium produci non poſſe.

116 Primo, † *authoritate capit. oblatæ*, 57. in verbis, *ſed ne valeat prorogari &c. ext. hoc tit.*

Secundo *l. nemo*, 3. *Cod. de tempor. appell.* ibi, *neq; ſub prætextu quodam altero &c.*

Tertiò, proſecutio vtriuſq; vltrà definitum tempus efficere non poteſt, vt appellationis cauſa ſalua ſit, *Clem. ſi appellationem &c. hoc titul.* Parum autem intereſſe, vtrum quis declaret conſenſum verbis, an verò facto, aut rebus ipſis, *l. de quibus in fine, ff. de legibus.*

Denique, quod prior inſtantia protelari non poſſit, quia tempus triennij, primæ inſtantiæ definitum, reſpiciat publicam vtilitatem, *Dd. ad d. l.* 13 *C. de iudicis*, ideoq; priuatorum pactionibus lædi nequeat. *l. ius*, 38 *ff. de pactis*, *l.* 5. *ita tamen*, §. *Iulianus*, 7. *ff. de adminiſtrat. Tutor. cum ſimilib.* nec aliam rationem eſſe, in cauſa appellationis.

117 Contrariæ ſententiæ † ſe offerunt Aſſertores, *Barthol. Baldus, Salicetus, & alij*, quos refert *Gilken. in d. l properandum*, 13. *nu.* 23. *C. de iudiciis, Marant. hoc tit. nu.* 236. *Mynſing cent.* 3. *obſ.* 49. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 141. *nu.* 6. vbi refert, hanc ſententiam in *Camer. Imp.* receptam eſſe, *Guido Papæ, de appell. num.* 34. vbi ait, eam in Curia *Parlamenti Delphinatus ſeruari.*

Horum ſententia ſequentibus legibus videtur confirmari poſſe, *l. fin.* §. *fin. ſin autem, C. de tempor. appell. In hæc verba*, Sin autem partes inter ſe ſcriptura interueniente, paciſcendum, eſſe crediderint, nemini parti licere, ad Prouocationis auxilium peruenire, vel vllum fatale obſeruare, eorum pactionem firmam eſſe cenſemus.

Secundo, *Authent. ſi tamen, C de temporib. appell.*

Ex ea edocemur, compromiſſo poſſe tempus appellationis ſuſpendi.

Denique *per text. ſingularem, in Clem. quamdiu, hoc tit.*

His

His argumentis vltrò citroque benè ponderatis, ab hac opinione, vt ſolidioribus fundamentis ſubnixa, eaq́; recepta, recedendum non arbitror, quod vt tantò euidentius demonſtrare poſſim, omnia illa legum, & rationum præſidia, quæ vltimam ſententiam fulcire videntur, ex ordine diluenda duxi.

Facto itaq; principio, † à *d. cap. oblatæ*, reſpondendum, quod ibidem dicitur, tempus in cauſa appellationis, à lege conſtitutum, coarctari, non autem produci poſſe, id de conſenſu duorum, cum nihil de hoc exprimatur, intelligi non poſſe. 118

Secundo, *d. cap.* interpretari poterit, prorogari non poſſe tempora appellationis, niſi iuſta cauſa aliud ſuadeat.

Pro reſolutione † *l. 3. C. de temp. appell.* Sciendum eſt, olim lapſo litigatori, ſi intrà tempus ſtatutum, cauſa appellationis introducta non fuerit, datum fuiſſe beneficium reparationis, id eſt inſtaurabatur, ſeu redintegrabatur tempus, lapſum ſimul & lis, quam reparationem finitis fatalibus, concedi non debere ſtatuit *Imperator, in d. l. 3.* quæ res nihil commercij habet cum noſtra quæſtione. 119

Eadem conſideratio ſubuertet tertium argumentum ex *d. clem. ſi appellationem &c.* proſecutio enim deſertę appellationis efficere non potuit, quò minus res non tranſit in rem iudicatam, cum proſequi, aut prorogari, quod non ſit, non poſſit, *l. 5. ſed ſi manente, ff. de precario.*

Vltimæ rationi occurri poterit, præiudicij grauitatem, in cauſa appellationis, diuerſum ius conſtituiſſe, perempta enim prima inſtantia, nihilominus iudicium reſtaurari poſſit, in cauſa autem appellationis aliud obtineat, cum tota cauſa pereat, quarè, non mirum, ſi diuerſum ius deprehendatur, vt videlicet appellationis fatalia proſequendæ, ex placito litigantium, produci queant, *d. clemen. quamdiu.*

Nec admittenda ſolutio † interpretum, ad illam *Clementin.* quod loquatur, de ſuſpenſione, & non prorogatione, vt quamuis durante compromiſſo, fatalia quieſcant, Non ta- 120

men indè inferri, fatalia expreſſa conuentione prorogari poſſe, nàm huiuſmodi interpretationem, verba eiusdem *Clement.* non recipiunt, dum *Summus Pont.* ſtatuit, (vel alias de expreſſo partium conſenſu differtur) hæc enim verborum conceptio, ſatis euidenter arguit, conſenſu partium hæc tempora proſequendæ appellationis prorogari poſſe.

Secundo, cum ſuſpenſio & prorogatio idem præſtent, tendantq́, ad eundem finem, vt hic fieri animaduertimus, iure diuerſitatis ratio in vtramq́; proferri non poterit, & fatalia cõpromiſſo partium produci poſſe conſtet, ex *auth. ſi tamen*, *C. de temporib. appellation. d. Clemen. quamdiu, Mynſing. cent. 2 obſ. 63. Gail, lib. 1. obſ. 141. poſt nu. 4.* idem probandum erit in conſenſu partium.

121 Sin autem † decurſa fatalia eſſe proponatur, propter interpoſitum concordiæ tractatum, maior difficultas eſt, cum non tractatus concordiæ, ſed interpoſitum compromiſſum ſuſpẽdat tempus fatalium, *Gail, lib. 1. obſ. 140. nu. 9. Tom. 1. Symph. par. 2. tit. 15. fol. 302.* verſic. *cum fatalia ſint lapſa, & fol 305.* ibi, iſt iudicialiter &c. *& par. 2. tit. 17. vot. 3. nu. 17.* vide *Rulantum de Commiſſ. par. 3. lib. 8. de proceſſ. iudic. interrog. cap. 13. poſt nu. 49.* verſic. *ſi non à cauſa*, *Notator*, *ad ordinat. Cam. Imp fol. 305.* vbi comprobatur præiudicio, pendente compromiſſo appellanti fatalia non currere.

122 An deniq́; † idem obtineat in iudicio attentatorum, vt hoc ſiſtat curſum fatalium, quæſtionis eſt?

Et cum iure permittente agatur ad eorundem reuocationem, pars, aut Iudex, huic querelæ cauſam dederint, nihil videtur imputandum appellanti, quod à quibuſdam declaratur procedere, niſi ſuccumbat petens reuocationem attentatorum, eaq́; nec ſtudio producendæ litis petita ſit, *Lancelottus, de attentatis par. 3. cap. 30 nu. 93.*

123 Verum † hic non incommodè quæritur, an iudex hæc tempora appellationis arctare aut prorogare poſſit?

Et quidem atteſtante *Duareno, ad l. 2. ff. de re iudicata*, magna

gna eſt inter Dd. altercatio, an iudex tempora legalia, vt vocant, ſeu legitima, habeat poteſtatem amputandi aut producendi;

Primo eam non contineri facultate iudicis, quidam nituntur defendere, *per cap. indultum, de R. I. in 6. iuncta l. 1. ff. de feriis, &c. §. 1. ſed ſi Prætor,* † quod prætoris factum iure derogare 124
non oporteat.

Secundo, allegant *l. 4. ſi ſe, §. 5. ſi quis condemnatus, ff. de re iudic. ibi*, Sed ſiquidem minorem diem ſtatuerit iudex, tempore legitimo, repleatur ex lege, quod ſententiæ iudicis deeſt &c. Hinc *Comitiis Imperij* deciſum *Anno* 94. habitis *Ratisbonæ* §. Im fahl aber / da dem Appellanten ꝛc. *fol. mihi*, 723. Da dem Appellanten / ein kurtzerer termin / als ſechs Monat / von dem Vnderrichter angeſetzt / mag auch prorogatio fatalium, ohne Beſcheinungen der Verhinderung / erkennt werden ꝛc.

Tertio, in conſiderationem adducunt *d. l. 3. C. de tempor. appellat.* vbi dicitur, tempus de quo ibi agitur, nec reſcripto quidem Principis prorogari poſſe, multò ergò minus per Iudicem.

Quarto; *cap. oblatæ, 57. extra hoc tit.*

His tamen † tantum non eſſe attribuendum conſtituo, vt 125
à contraria opinione, eaq; veriore, recedendum putem, hoc tamen temperamento, Iudicem poſſe pro cauſæ qualitate &c. ita tempus à lege ſtatutum arctare, vel prorogare, niſi lex, vel conſtitutio prorogationem &c. inhibeat, *l. 2. qui pro Tribunali, l. 31. debitoribus, ff. de re iudic. l. nonnunquam, 72. ff. de iudiciis, cap. 4. & 5. cum ſit, cap. ad hæc. 20. ext. hoc tit. cap. quoad conſultationem, ext. de ſentent. & re iudic. cap. 5. quoniam, §. porrò, in fine, ext. vt lite non conteſtata &c. Ordinat. Cam. Imp. par. 2. tit. 30. §. 2. in fine*; niſi lex, aut conſtitutio, arctationem aut prorogationem inhibeat, ſæpè *d. l. 3.* Et ſic 10. dies præfiniti interponendæ appellationi, nulla ratione à iudice A QVO arctari aut produci poſſunt, quia *Ordinat. Cam. Imp.* iudicibus id denegat,

Supra ſatisfactum eſt *citatæ l.* [illegible]

His omnibus adiungatur hæc conſideratio, quod indè colligatur, ſine appoſita huiuſmodi prohibitione, potuiſſe illud tempus prorogari, à Iudice cauſa cognita, alioquin ſuperuacuam eſſe illam prohibitionem.

Ad *cap. oblatæ* 57. facilis erit ſolutio, ſi ſequamur expoſitionem *gloſſæ*, in verbo *prorogari*, ibidem *Cuiacij*, tempus in cauſa appellationis à legibus conſtitutum, coarctari poſſe, non autem produci, niſi ex iuſta cauſa, *cap. ex ratione* 8. *ext. cap. cordi, eod. in* 6.

Ex *capit.* 50. *ex inſinuatione extr. hoc titul.* nihil aliud elicitur, quàm inferiorem non poſſe maiori Iudici appellationis tempus conſtituere, intrà quod cauſam definiat, non poſſe inquam, maiori legem dicere, in finienda lege, quod & nos agnoſcimus, quæ res, quid ad propoſitum faciat, patet conſideranti, quærimus enim, an biennium, V.G. præfinitum cauſæ appellationis ex iuſta cauſa prorogari, aut etiam minui poſſit, quod pro conſtanti aſſerimus; Præſcripto igitur à Iudice minore tempore legitimo, eoq́; finito, tanquam appellatione deſerta, ſententia executioni mandabitur, etiam non decurſo biennio, *Canoniſtæ, in cap. cum ſit,* 5. *ext. hoc tit.* & argumento eorum, quæ traduntur *in Ordinat. VVormaciæ* conſtituta, *Anno* 1521. *titul.* Wie in Appellation Sachen &c. *in fin fol.* 318.

Animaduertendum autem, † tempora exercendæ appella- 128
tionis, quæ à die interpoſitæ appellationis currere exiſtimamus, *Clement ſicut,* 3 ibidem *gloſſ.* in verbo, *à die, hoc titul.* Licet quidam diſſentire videantur, *per l. fin. §. illud, Cod. de tempor. appellation. in verbis*, Et annale tempus poſt inchoatam litem præterierit &c. non obſeruari Conſiſtorio Principis, *authent. ſed & lis, leg. fin. §. tertio. ſi tamen, Cod. de tempor. appellation.* ſicuti nec eorum in *Camera Imperiali* ratio habetur, *Mynſingerus, centur* 2 *obſeruat.* 48. *centur* 3. *obſeru.* 44. *in fine, Gail, libr.* 1. *obſeruat.* 141. *numer.* 7. *& libr.* 1. *de pace publ. cap.* 9. *num.*

Digitized by Google

ob eam rem damni quid impendij actori acceſſerit, vt *in leg. cum quis, 30. ff. de dolo malo*, ita inducit *Cuiacius, in d. cap. 20. vbi ait*, ſtultè quoſdam exiſtimare, *d. cap. 20. corrigi, l. 13. properandum, C. de iudiciis.*

Pro confirmatione præcedentium adduci poterit *l. 31. quinquennium, ff. de adulteriis*, vbi ſi mulier rea facta ſit, & adulter reus fieri non potuerit, & diu tracta lite, quinquennium tranſactum fuerit, reſpondet I. C. æquum eſſe, computationi quinquennij eximi id tempus, quod per ſubterfugia aduerſæ partis, conſumptum, aut exemptum eſt.

Accedat & ratio *l. 39 ſi cum ipſe, ff. de excuſatiõ &c.*

Vnde elicitur ab Interpretibus recepta enunciatio tempora legalia, ſeu vt melius loquar, legitima, mora aduerſæ partis impedito non currere. *Maranta, pàr. 5 tit. Et omnia fiant durante inſtantia nu. 30. & 31.*

Et hæc de formalibus ſeu temporibus appellationum.

Procoronide excutiendum † an ea in perſona minoris & 131
pauperis procedant, & quatenus minor in integrum reſtitui poſſit, ob omiſſam appellationem.

Et videtur prima facie dicendum, minores ipſo iure tutos, ſi indefenſi fuerint, *l. Actor, 45. §. contrà, 2. l. 54. contrà, ff. de re iudicata. l. ſi Præſes, 6. C. quomodo & quando Iudex &c.* Sin autem defenſi, Tutores omittentes auxilium appellationis, actione perſonali conueniendos eſſe.

Verum, hanc difficultatem remouet *l. 4. cùm & minores, C. ſi aduerſus rem iudicatam &c.* nam interuentione Curatoris, reſtitutio in integrum non excluditur, *l. 2. & tot. tit. Cod. ſi Tutor vel Curator, interuenerit.* Maius negotium faceſſit *l. fin. C. Quibus in cauſis reſtitutio in integrum non ſit neceſſaria. In verbis*, In omnibus caſibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales Præſcriptiones aduerſus minores conceſſerunt, per in integrum autem reſtitutionem ei ſubueniebant, eas ipſo iure non currere. Longè enim vtilius eſt minori, ius integrum ipſo iure conſeruari, quàm per reſtitutionem in integrum, cum ea

non concedatur, niſi cauſa cognita, *l. in cauſæ*, verſic. *cauſa enim cognita, ff. de in integ. reſtit.* cum autem res eſt integra, perindè eſt, ac ſi nihil geſtum ſit, illibataq; ei omnia manent, nec cauſæ cognitio eſt neceſſaria; melius eſt, *inquit* Imperator, *id d. l. fin.* intacta eorum iura ſeruari, quàm poſt cauſam vulneratam, remedium quærere, cum parum tuta ſint, quæ ex iudicantium pendent arbitrio, maximè in propoſita facti quæſtione, non enim minorem audiendum putant, niſi probata læſione, vt iam videbimus.

132 Communi Interpretum Iudicio † intereſſe ſtatuitur, inter præſcriptionem conuentionalem & legalem, *l. 13. properandum, §. fin. vbi communiter Dd. C. de iudiciis, latè Petr. Gilken. in Tract. de Vſucapionib. par. 3 cap 1. nu. 24. cum ſeq.* nam præfinitum tempus appellationi interponẽdæ, æquè præfixum minoribus intelligitur; *Authent. 23. de appell. & intrà quæ tempor. cap. 1 & Sancimus &c. cap. anteriorem circa princip. 2. q. 6.*

133 His ita ſubductis, † quid incumbendum minori petenti reſtitutionem in integrum, contra appellationẽ à ſe omiſſam?

Et quidem *Cumani* diſtinctio, quàm refert, *Mynſing. cent. 4. obſ. 17.* euerti videtur, *ex l. ait Prætor, 7. §. 4. ſed &; ff. de Minoribus*, vbi ſtatuitur, in iudicijs minori, ſiue actori, ſiue reo, capto ſubueniri.

Alij exiſtimant probandum minori ſua Interfuiſſe prouocare: Nec deſunt legum & rationum præſidia, quibus hanc ſententiam aſſerere conantur; Principio enim conſtat, ad reſtitutionem impetrandam, non ſufficere ætatem allegare, ſed eam circumſcriptam fuiſſe, *l. 7. ait, §. 3. non, l. verum, 11. §. 3. ſciendum, l. quod ſi minor, 24. §. non ſemper autem, 1. l. 44. non omnia, ff. de Minoribus*, non enim paſſim minoribus ſubuenitur, niſi aut manifeſta circumſcriptio ſit, Prætor ſe non interponere debeat.

Secundo adducitur *l. nam poſteaquam, 9. §. 4. ſi minor, ff. de iur. iuran. in verbis*, Sed plerumque ipſum Prætorem debere cognoſcere, an captus ſit, & ſic in integrum reſtituere, nec

enim

enim vtique, qui minor eſt, ſtatim & circumſcriptum ſe docuit.

Tertio, cum dubium ſit, an minor obtineat in cauſa appellationis, euentus autem damni reſtitutionem non indulgeat; videtur ſimpliciter, minorem non eſſe audiendum, *arg. leg. verum,* 11. §. 4. *item non.* verſic. *nec enim euentus, ff. de minoribus.*

Quarto, minor implorans reſtitutionem in integrum, aduerſus probationem, aut exceptionē omiſſam, non auditur, non excuſſo primo, an negotio inſeruiat, & conducat intentioni minoris, authoritate, *d.* §. 4. *ſi minor &c.* ita ſtatuitur à quibusdam, quos refert *Bolanus, Tractat. de reſtit. in integ cap.* 49. *&* 50. *& Lancelottus, de attentatis, cap.* 14. *par.* 2. *nu.* 5. vbi refert, non ſolum minoribus, ſed etiam maioribus, indulgeri reſtitutionem in integrum, & *Greg. Tholoſan. Tract. partit. Iur. Canon. lib.* 5. *tit.* 15. *cap.* 5 *lit. K* in Gallia, quem reſtitui ad appellandum: Ad hanc autem obtinēdam, non ſufficere probationem impedimenti, quo detentus non potuit appellare, ſed aliqualiter docendum eſſe de læſione, ſaltem præſumptiuè, & hanc ibidem *Lancelot.* aut eſſe receptiorem ſententiam, ſeu docendum, iuſtam cauſam appellandi habuiſſe, *Codex Fabr. lib.* 2. *tit.* 22. *defin.* 3. *& lib.* 4. *tit.* 20. *defin.* 25.

Tertia ſententia eſt, præuertendam eſſe cognitionem à iudice, & ſummariè cognoſcendum, an minori appellaſſe expedierit, quos refert *Bolanus, dict. tractat. de In Integr. reſtitut. capit.* 54.

Verum, hoc non facilè aſſequi poterit, cum in cauſa appellationis, ex nouis aſſertionibus propoſitis infirmetur ſententia, *leg. ampliorem,* §. 1. *l. per hanc, C. de temp. appell. cum ſimilib.*

In hac opinionum conflictatione ſtatuo, † exiſtimantium 134
ſententiam præferendam, prætermiſſa aut neglecta omni examinatione, minori ſubueniendum, per reſtitut. in integrum, vt prouocet, quia non appellando potuerit minor non lædi,

vel etiam lædi, & in hoc dubio eidem ſubueniendum. In quam
rem ponderari poteſt *Text. in l. 19. interdū, ff. de Minorib. in ver-
bis.* Hoc enim ipſo deceptus videtur, quod cum poſſet reſtitui,
intrà tempus ſtatutum, ex perſona defuncti, hoc non fecit
&c. nam licet regulariter læſio ſit probanda, ſi tamen ex actu
ipſo conſtet, & inducatur læſio, hoc ſufficit; Prouocationis
autem omiſſionem, læſionem inducere, colligitut ex eo, cum
communi auxilio priuatus ſit, plerumque, inquit, I. C. *in d. l.*
135 *nam, §. 4. ſi minor,* debet Prætor cognoſcere, † an captus ſit mi-
nor, nam ſi ex ipſius actus facie reſultet læſio, cur vlteriori o-
neri probationis obligari aut alligari debet; Quò pertinet *cap.
auditis 3. ext. de in integ. reſtitutionib. l. minor, 36. l. ſi minor, 34.
§. 1. minores, ff. de Minorib.*

Vt paucis expediam, videtur in deciſionem huius contro-
uerſiæ conferre, *l. 7. ait Prætor, §. 11. item. ff. de Minoribus, in
hæc verba*, item ſi non prouocauit intrà diem, ſubuenitur, vt
prouocet &c, *& l. 1. ſi poſt, C. ſi ſæpius, in integrum, &c.* Si poſt
ſententiam, *inquiunt Imperatores.* Proconſulis contra vos latam
deſideraſtis, in integrum reſtitui, nec obtinuiſtis, fruſtra rurſus,
vt ea quæſtio in integrum reſtitutionis agitetur, deſideratis,
appellare enim debuiſtis, ſi vobis ſententia diſplicebat, ſed ſi
adhuc in ea ætate eſtis, cui ſubueniri ſolet, appellandi ius vo-
bis reſtituimus.

Ex quibus & iuncto *cap. finali, ext. de reſtitut.* (quod licet
mentionem faciat de Eccleſia, idem iudicium eſt in Minori-
bus, *cap. auditis, in fine, ext. eod.*) apertè conſtat, Minori ſuccur-
ri, & reſtitui ad appellationem omiſſam, nulla facta mentio-
ne, examinationis, an expedierit prouocari nec ne, hoc enim
ipſo deceptus videtur, quod cum poſſet appellare intrà tem-
pus ſtatutum, hoc non fecit, vt in ſimili, ait I. C. *in d. l. inter-
dum, 19. ff. de Minorib.*

Et huic opinioni eò liberius ſubſcribimus, quod eam rece-
ptam in Cam. Imp. referat, *Mynſing. cent. 4. obſ.* 17. & ita paſ-
ſim ætatis beneficio, minores reſtitutos fuiſſe à Senatu Dolà-
no,

no, refert *Bolanus d. tract. de in integ. reſtit. cap.* 278. Et vide eundem, *cap.* 54. 240. 263. *&* 278.

Hactenus autem † in integrum hac reſtitutione minoribus 136
ſubueniri ſolet, vt appellare his permittatur, vberior namque eſt reſtitutio in integrum aduerſus ſententiam, quæ & minoribus competit, quam aduerſus appellationem omiſſam, *leg. vlt ff. de in integr. reſtit.* nam cum reſtituitur ſimpliciter aduerſus rem iudicatam, perindè habetur, ac ſi nihil eſſet iudicatum: Aliud obtinet in reſtitutione, ad appellandum, aduerſus ſententiam, quæ firma manet, donec iudex appellationis pronunciauerit, malè iudicatum. Nec mouemur, *l. illud, 9. ff. de appell.* multò minus Brocardicis Doctorum, reſtitutioni non eſſe locum, vbi aliud auxilium competat, quibus reſpondet *Duaren. tit. ſi aduerſus rem iudicatam &c. fol. mihi, 93.* Illud etiam hic meminiſſe oportet, admiſſo pupillo, ad appellationem, beneficio reſtitutionis, ſententiam executam, retractandam non eſſe, quia appellatio iudicati, executionem non extinguat, *Codex Fabr. lib. 7. tit. 27. defin.* 41.

Ex his reſultat elegans quæſtio, † annè minoris reſtitutio ad 137
appellationem proſit maiori non appellanti, ſeu alijs conſortibus litis, maximè ſi vnus idemq; agendi, excipiendiuè modus, ſeu vna eademq; cauſa fuerit defenſionis. Et videtur beneficio minorum, ad appellationem, conſortes litis admittendos, *argum. l. 10. ſi poſt, §. fin. hi qui, ff. de poſſeſſ. bonor. contrà tabulas, l. 10. ſi communem, ff. quemadmodum ſeruitutes amittantur, l. loci, 4. §. 3. ſi fundus, ff ſi ſeruitus vindicetur.* Quo referri poteſt axioma Interpretum, quod quis ex ſua perſona non habet, hoc per aliam conſequi poſſe, *l. Ariſto. 3. in fin. ff. quæ res pignori &c. l. 55. cum hæreditate, ff. de acquir. hæredit. Bolanus, de in integr. reſtit. cap.* 185. *&* 187. vbi, in indiuiduis & connexis beneficium reſtitutionis in integrum, ad conſortes maiores extẽdi, & in terminis, *cap.* 190. *nu.* 2. refert, Senatum Dolanum iudicaſſe, minoris reſtitutionem ad appellandum, maiori non appellanti profuiſſe, ex *l. 10. ſi qui ſeparatim, §. 4. q. eſt &c. ff hoc tit.*

Quibus accedant tradita à nobis, *ſupra in cap. 2. hoc tract.* Si quis ſingulari iure pauperum admiſſus fuerit, ad proſecutionem appellationis, hoc commodum ad reliquos pertinere.

In contrarium tamen vrgere videtur, *l. 2. C. ſi vnus ex plurib. appellauerit, & cap. penult. vna, ext. hoc tit.* vbi ita demum probandum eſſe colligitur, vnius appellationem alteri proficere, ſi vna eademq; cauſa fuerit defenſionis, & communi iure nitantur, hic autem non communi iure ſed ſpeciali beneficio, reſtitutionis in integrum videlicet, minori ſuccurri.

Secundo, ponderari poteſt, *l. vnica, C. ſi in communi eademq; cauſa, in integrum &c.* vbi reſtitutio minoris, contrà tranſactionem, maioribus non prodeſt.

Denique, diuerſum ius conſtituendum videtur, in appellatione, & in reſtitutione in integrum, quod appellatio ſit beneficium iuris communis, reſtitutio autem in integrum ſpeciali iure introducta. Hinc I.C. *in l. 3. deniq; §. 4. ſed vtrum, his, ff. de minoribus,* ait Prætori propoſitum, vt auxilium minoribus, non maioribus promiſerit.

His occurrendum videtur, ea procedere ſi contra ſententiam reſtitutus ſit minor; vt ſupra allegatæ leges inſinuare videntur, hoc autem auxilium appellationis nō eſſe contra ſententiam, cum ea firma maneat, donec pronuncietur, malè iudicatum, vt ſupra dictum eſt.

Et hæc de perſona minoris &c. Reliquum eſt, vt videamus, an pauperibus tempora appellationum remittantur.

138 Et quidem communi Interpretum iudicio † receptum eſt, fatalia introducendæ & proſequendæ appellationis pauperibus non currere, *Canoniſtæ in cap. 8. ex ratione, ext. hoc tit. Mynſing. cent. 4. obſ. 97. Gail, lib. 1. obſ. 142 Tom. 1. Symph. par. 2. tit. 17. vot. 3. nu. 9. & vot. 5. nu. 3. Rulant. de Commiſſ. par. 3. lib. 8 de proceſſ. iud. interrog. cap. 13. poſt num. 49. verſ. ſi pauper, videatur & Lancelottus de attentatis, cap. 12. appell. 1. nu. 50. cum ſeq. Grænaeus, ad Gail, concluſ. 142. nu. 4.* vbi authoritatibus & præiudicijs cōfirmat, paupertate ſiſti curſum fatalium, etiam cauſata pau-

Digitized by Google

paupertate culpa appellantis, modò tamen paupertas probata ſit, aut ex actis primæ inſtantiæ de ea conſtet, alias appellatio efficitur deſerta, & ita iudicatum refert *Rulant. d. loco, verſ. ſi non impetrauit.* Probata autem paupertate fatalia non currunt, & quidem ipſo iure, ideoq; prorogatione fatalium non eſt opus. *Author præiudic. Cam.* in verbo, *fatalia in fine, tom. 5. Symph. ſupplic. 22. fol. mihi, 215.* vbi in hanc rem præiudicium adſertur.

Hinc quæri poſſet, an hoc beneficium pauperibus, quod fatalia non currant, etiam diuiti cauſam cum ipſis communem habenti, proficiat.

Omiſſa longiori inueſtigatione, refertur à *Mindano lib. 1. de proceſſ. cap. 12. nu. 15. & lib. de continentia cauſæ, 3. cap. 19. num. 27.* negatiuè concluſum, quod *leges ſi communem 10. ff. quemad. ſeruitus amittat: l. cum hæreditate 55. ff. de acquir. hæredit. cum ſimilib.* non procedant in ijs, vt in præſenti caſu, quæ ſeparationem admittunt.

Maior autem † difficultas eſt de interponenda appellatione. 139

Qua in re variè diſtinguunt *Doctores*, vti videre eſt apud *Mynſing. & Gail, d. locis.*

Porrò *Iaſon, in l. inuitus, C. de Procurator:* indiſtinctè ſtatuit, pauperem non excuſari, cuius opinionem receptam præiudicio, comprobat *Gail, d. obſ. 142. poſt nu. 4. Rulantus, d. cap. 13. num. 40.*

Non alienum † tamen ab humanitate videtur, ſi de iuſta litigandi cauſa conſtet ſaltem ſummatim, pauperem audiendum eſſe, ſumma enim ratio pro paupertate facit *argu. l. ſi procuratorem* 8. §. 8. *quod & ad actionem*, verſicul. *quid tamen*, ſi paupertas eis non permiſit, excuſata eſt eorum inopia &c. *ff. mandati*, legibus enim noſtris frequens eſt, vt humaniter ſuccurrant pauperibus, *Plutarch. in libello, de euitanda vſura* ait, Paupertati ſeu indigentiæ opitulari Leges. 140

Quis autem dicatur pauper, Dd. variè ſentiunt.

Tandem

141 Tandem eò decurſum eſt, † vt Iudicis arbitrio committatur, de qua re *latè Couarruias, variarum reſolut. tom. 2. cap. 6. nu. 8. Gilken. in l. 1. C. de litis conteſtat. nu. 82.*

In Cam. Imp. autem in probatione paupertatis certa forma præſcripta eſt, *Ordinat. Cam. Imp. par. 1. tit. 41.* vt non antea ſub hoc prætextu admittantur, quàm ſi quædam ſcripta documenta, aut teſtimonia, à Iudicibus, in quorum Iurisdictione conſederint, vel alijs perſonis ſpectatę fidei adferant ſe pauperes eſſe. Quæ confirmantur *nouiſſima Spirenſi conuentione. Anno* 1600. habita, §. Dann ob wol 2c. *cum ſeq fol. mihi,* 755.

CAPVT VI. & vlt.

De effectu appellationis, in quo tàm appellantis & appellati, quàm Iudicis A QVO, & Iudicis AD QVEM prouocatum, officia continentur.

SVMMARIA.

1. *Primus Effectus appellationis eſt, vt ſuſpendatur prior ſententia, & extinguat omnes iuris effectus, quos eadem producit, vim, poteſtatemq́ executionis, ſi ab ea prouocatum ſit iure permiſſo, quod exemplis & legibus illuſtratur, & numer. 2. 3. 4.*

5. *Pendente iudicio appellationis nihil innouandum, & quando dicatur id pendere.*

6. *Recepta appellatione, ſiue non, ne præiudicium fiat, quoad deliberetur, vtrum recipienda, nec ne, nihil innouandum, declarata l. 3. appell. C. hoc tit. & nu. 7.*

8. *Iudicē Secularem non teneri iudici Eccleſiaſtico impartiri brachium*

chium ſeculare, pro executione ſententiæ, à qua interpoſita appellatio.

9. *An prouocatio principalis impediat executionem, contra fideiuſſorem, eadem ſententia, condemnatum, nec appellantem.*

10. *Petita in integrum reſtitutione, ſententia ne ſit exequenda, cum diuerſis Dd ſententiis.*

11. *Implorato beneficio reſtitutionis in integrum, ſuperſedendum ab executione, niſi per calumniam petatur, & nu. 13.*

12. *Intellectus capituli ſuſcitata, ext. de in integ. reſtitut.*

14. *Nullitas principaliter in iudicium deducta, an impediat executionem ſententiæ?*

15. *Nullitas ſententiæ tripliciter proponi poteſt, principaliter & ſeorſim, ſecundo per viam appellationis, tertio, per modum exceptionis.*

16. *Cófirmata opinio exiſtimantium, an nullitas in continenti probari poßit, an verò prolixiorem tractatum habeat, vt hic executio minimè impediatur, illic verò aliud probandum ſit, niſi executio contineat grauamen irreparabile.*

17. *Petita reuiſione, an ſuſpendatur executio ſententiæ remiſſiuè.*

18 *Secundus effectus appellationis eſt, vt operetur effectum deuolutiuum, & ſuſpenſiuum, & an hi ſeparari poßint.*

19. *Tertio, appellationē interpoſitam reducere cauſam ad terminos litis conteſtatæ, hinc exceptiones dilatorias omiſſas in primo iudicio, in ſequenti proponi non poſſe, & omnia concedi in cauſa appellationis, quæ pendente cauſa principali, in prima inſtantia fieri poſſunt.*

20. *Sententia l poſtquam, §. 1. ff. vt legatorum, ſeu fideiuſſo. &c. Secundum Cuiacium.*

21. *Defenſa veterum interpretum explicatio, ad dict. § 1 & numer. 22.*

23. *Fundamenta illorum, qui negant, recónuentioni, poſt litem conteſtatam, locum non eſſe.*

24. *Recepta in hac quæſtione Dd. diſtinctio, eaq; confirmata. num. 26. & 27.*

25. *Differre compenſationem, & reconuentionem.*

28. *Reconuentione, in exordio litis propoſita, cauſa conuentionis & reconuentionis viciſsitudine iudiciorum pertractanda, niſi ſuper iniuriis reconuentio inſtituta ſit, in quam rem aliquot leges recitantur.*

29. *In cauſa appellationis priores articulos, citrà reſtitutionem in integrum probari, & nouos dependentes à prioribus produci poſſe.*

30. *Super iiſdem articulis, in cauſa appellationis, productionem nouorum Teſtium, admittendam non eſſe, additis Authoribus & argumentis.*

31. *Contrariæ ſententiæ aſſertores, & rationes.*

32. *Hanc controuerſiam in Terris Imperij deciſam, nu. 39.*

33. *Confirmata opinio exiſtimantium, teſtes ſuper iiſdem articulis, in cauſa appellationis admittendos eſſe.*

34. *Confutatio argumentorum primæ Opinionis.*

35. *Declarata Nouella, 90. cap. 4. quia, verſic. illud.*

36. *Non ſemper rationem timoris ſubordinationis teſtium haberi.*

37 *Quando Ius Canonicum in foro Ciuili ſeruandum.*

38. *Difficultates quædam, ex l. per hanc, C. de temporib. appellat. motæ reſoluuntur, & d. l. per hanc explicata.*

40. *An libellus in primo Iudicio mutari, emendariuè poſsit.*

41. *Leges & rationes, quibus defenditur vſq; ad ſententiam id fieri poſſe.*

42. *Opinio diſtinguentium, inter emendationem, & mutationem, additis legibus, & argumentis.*

43. *Tertia opinio exiſtimantium, neq; mutationi neq; emendationi locum eſſe, poſt litem conteſtatam, accepto autem iudicio, eam non improbari.*

44. *Vltima ſententia confirmata. nu. 47. 48.*

45. *Antiquitus quomodo actio inſtituenda erat, & qui faſti dies dicebantur.*

46. *Ob*

Digitized by Google

46, Ob quam cauſam genus actionis edi poſtulabatur.
49. Declaratur, quatenus emendationi locus ſit, etiam poſt litem conteſtatam, cum explicatione Legis in delictis, §. detracta, ff. de noxalibus actionibus.
50. Poſt litis conteſtationem obſcuriora declarari poſſe, & explicatum cap. literæ, 3 ext de dilation.
51. Quomodo error poſt litis conteſtationem emendari poßit.
52. Mutatio libelli quatenus admittenda ſit in primo iudicio.
53. Explicata l. Bæbius. 30 ff. de pactis dotalibus.
54. Interpretatio Fachinei, ad §. ſin minus, inſtitut. de actionib. quæ tamen improbatur.
55. Confutatio argumentorum primæ opinionis, & nu. 57.
56. Authentica, atqui ſemel, C. quomodo & quando Iudex explicata.
58. Libellus in cauſa appellationis, quatenus mutari, aut emendari poßit.
59. In cauſa appellationis an reprobationes Teſtium in prima inſtantia omiſſæ, admittendæ?
60. Authores qui affirmatiuam defendunt.
61. Argumenta contrariæ opinionis.
62. Confirmata prior opinio.
63. Appellatione interpoſita, omnibus aperiri viam, quibus grauamen illatum eſt. & nu 65 & 78.
64. Tertius appellationem victi proſequi poterit, licet victus tranſegerit, vel à lite receſſerit.
66. Non probata probari, & non producta produci poſſe in cauſa appellationis, quomodo id intelligendum. numer. 67. 68. 69.
70. Cauſam appellationis, non mutare naturam litis, nec actionem in prima inſtantia motam, nec iudicem appellationis interponere, niſi de iis, de quibus cognouit Iudex primi iudicij, quod exemplis, illuſtratur, nu. 71. & 72.
73. Appellatio ab interlocutoria ex ijsdem actis iuſtificanda ſecundum Ius, & Ordinat. Cameræ Imperialis, declaratur

Digitized by Google

tamen, aliquot modis hoc non procedere, numer. 74. 75. 76.

77. *Appellatio à grauamine, an ex aliis cauſis iuſtificari poſſit?*

79. *Appellato licet vti beneficio l. per hanc, C. de tempor. appell. etiamſi non appellauerit, quod exemplis illuſtratur, nu. 80. & 81.*

82. *Comitiis Imperij deciſum, appellatum poſſe proſequi appellationem pro ſuo intereſſe, intrà fatalia appellationis, licet ex parte appellantis, ea deſerta ſit.*

83. *Orta controuerſia, inter appellantem, & appellatum, ratione redemptionis actorum, quomodo ea componenda.*

84. *Appellans, in ipſo appellationis actu, an & quatenus declarare, & proteſtari poſſit, ſe ab hoc vel illo capite ſententiæ tantum appellare, in præiudicium appellati.*

85. *Appellans, an renunciare appellationi interpoſitæ poſſit? cum declaratione l. ſi quis, 28 C. hoc tit.*

86. *Officium appellantis eſſe, vt introducat appellationem extrahendo citationem, eamq; ſtatuto tempore reproducat.*

87. *Formalibus non iuſtificatis, non eſſe procedendum in cauſa, & quomodo id fieri poſſit.*

88. *De officio appellantis remiſſiuè, & nu 95.*

89. *Appellantis, aut ipſius hæredes, teneri, reddere, cauſas appellationis & in iis reddendis, quibus verbis vtebantur.*

90. *Ex ſtylo Cam. Imp. an grauamina appellationum articulatim, vel ſummatim proponi poſſint.*

91. *In grauaminibus appellationum, an in ſpecie exprimendum, quid noui in ſecunda inſtantia adductum ſit.*

92. *Solennitatibus ſtatutorum prætermiſſis ab appellante, an appellatio deſerta pronuncianda?*

93. *Benignius eſſe, appellantem, in ſecundo iudicio, paratum, ſtatuto ſatisfacere, audiendum, cum addito temperamento.*

94. *Solennitatis requiſitæ omiſſio, an vitiet actum?*

96. *Appellato excipiendum contrà formalia appellationis, non in genere, ſed in ſpecie.*

97. *Ex ſtylo Cam. Imp. an & quatenus exceptionibus, reſponſio-*

nes

nes ad grauamina defenſionales articuli, in foro Euentual handlung / annecti debeant.

98 Cautela pro appellato, ad expediendam litem appellatoriam.

99. Declaratum, quomodo in cauſis appellationum, termini circumductio locum non habeat, & nu. 101. & 102.

100. Declarata l. ſi Præſes, C. quomodo & quando Iudex &c.

103. Officio Iudicis A QVO appellatum, incumbere, vt pendente cauſa appellationis nihil innouet, ſiue appellationem recipiat ſiue non, alias in eum animaduertendum, quod exemplo illuſtratur.

104. Iudex, A QVO appellatum, in cauſa reconuentionis retinet iuriſdictionem, non obſtante appellatione, à cauſa conuentionis.

105. Iudex A QVO quatenus teneatur recipere ſeu deferre interpoſitis appellationibus, diſtinctione reſoluitur, & numer. 110.

106. Caſus referuntur, quibus poſthabita appellatione, ſententia executioni mandari poteſt.

107. Pendente lite appellationis, omnia fieri poſſe, à iudice A QVO, quæ tendant in faciliorem exitum appellationis, ex mente Interpretum, quod aliquot exemplis illuſtratur.

108. Appellationi ab interlocutoria iudex non tenetur regulariter deferre, adeò vt poſſit in cauſa procedere, vſq; ad ſententiam, etiam non citato appellante, cum ratione ibidem adducta, niſi inhibitum ſit, vel delatum, appellationi, num. 109.

111. Difficultas, contra ſuprà quædam mota, reſoluitur.

112. Iudicem A QVO teneri ad editionem actorum, ſub ſigillo iudiciali, & de hac re quid antiquitus ſtatutum fuerit.

113. Hodiè, ſub certa pœna, interpoſitis compulſorialibus, Iudici A QVO mandatur, vt acta edat, & quidem integra, & num. 114.

115. Si iudex, alia acta quam exhibita, edi poſſe neget, quomodo defectus actorum probabitur, ibidemq; de negationis probatione.

 116. Per-

item de tergiuerſatione appellantis conſtet, idq́ praiudiciis confirmatum, & nu. 138.

137. An legatus, omiſſa iuſtificatione, appellationis, de principali negotio cognoſcere poßit?

139. Pertinere ad officium Iudicis AD QVEM inhibitionem petitam decernere, ne quid innouetur.

140. Regulam generalem eſſe, inhibitionem concedendam, appellatione interpoſita, à ſententia definitiua, & quæ huius rei vtilitas ſit.

141. Exceptiones præcedentis regulæ confirmatæ Comitiis Imp.

142. Inhibitio nunquam concedenda, ſi per eam præiudicium cauſæ principali inferatur, tàm in ſimplicis querelæ, quam in appellationum cauſis, idq́ præiudiciis confirmatur.

143. Continuare poſſeßionem quis poteſt, citrà pœnam attentatorum, & inhibitionis.

144. Sequeſtratio petita non concedenda, aut ea conceſſa, iuſta cauſa appellandi eſt, maximè, ſi quis priuaretur commodo poſſeſſionis, declaratur nu. 146. & 147.

145. Quatenus ad bonorum deſcriptionem perueniri poßit.

148. Iuſta interueniente cauſa, eaq́ iuri cognita, res ſequeſtrari poteſt, quæ impediri non debet, ſatisdatione oblata,

149. Vt concedatur Inhibitio in appellatione ab interlocutoria nedum de appellatione, ſed etiam de deuolutione, ſeu veritate cauſæ, in appellatione expreßè conſtare debet, ſecundum Ius Commune.

150. Inhibitio ſine cauſæ cognitione emanata, an operetur ſuum effectum.

151. Comitiis Imperij deciſum, quatenus concedenda inhibitio, interpoſita appellatione ab Interlocutoria, & appellatione extraiudiali. nu. 152. 154.

153. In decernenda inhibitione, citatione partis non eſſe opus, hocq́ iure nos vti.

155. Quatenus appellationes extraiudiciales in Cam. Imp, recipiantur, Comitiis Imperij definitum.

156 Si

156. *Si in ſupplici libello narretur, periculum in mora, quid ſtatuendum.*

157. *In cauſa nullitatis, an Inhibitio decernenda, & nu.* 159. 160. 161.

158. *Remota appellatione, de nullitate principaliter agi poſſe.*

162. *Secundum Concilium Tridentinum, in foro Eccleſiaſtico, quando Inhibitio concededa.*

163. *Inhibitioni quales effectus attribuatur, & an ſufficiat inhibitionem decretam nedum inſinuatam fuiſſe, nu.* 164.

165. *Arctior inhibitio quando concedenda.*

166. *Emanata ſimplici inhibitione, & arctiore &c. an etiam in pœnas ſimplicis inhibitionis contrà veniens damnari poſſit, ſi agatur ad pœnam banni, addita ratione dubitandi.*

167. *Reſolutio huius dubij,*

168. *Hæres defuncti, cui inhibitum, an in pœnas inhibitionis declarari poſſit, lite cum defuncto conteſtata.*

169. *Leges, & argumenta, quibus affirmatiua probatur.*

170. *Fundamenta contrariæ opinionis.*

171. *Reſolutio huius quæſtionis, & nu.* 176.

172. *Lex, ex iudiciorum, 20. ff. de Accuſationibus, & nu.* 174.

173. *Intellectus l fin. Cod. ſi reus vel accuſator &c. iuncta l. 3. C. ſi pendente appell. mors &c.*

175. *An ideò pœna ab hærede exigi poſſit, quia ipſo iure imponatur.*

177. *Effectum inhibitionis, ſicut & appellationis, variis modis exſpirare.*

178. *Pertinere ad officium iudicis, vt innouata reuocet, & triplicem conſtitui innouationem, legis, partis, & iudicis.*

179. *Antè omnia, & quidem ex officio, reuocanda eſſe attentata, addita huius rei ratione.*

180. *Maximè conuenire Iudici* AD QVEM *reuocare attentata.*

181. *Innouata appellatione interpoſita, à ſententia definitiua, etiam intrà tempus conceſſum ad appellandum, reuocanda eſſe*

Digitized by Google

eſſe vna cum fructibus, etiamſi innouatum ſit, authoritate iudicis, & nu. 182.

183. An ſemper condemnatio fructuum facienda in reuocatione attentatorum, remiſſiuè?

184. Triplici via reuocari attentata, officio iudicis nobili; ſecundò, appellationis medio per viam iniuſtitiæ; tertio, per viam nullitatis, & querelæ.

185. In reuocatione attentatorum, nec libelli oblationem, nec litis conteſtationem neceſſariam eſſe, & quid ſit, de plano libellum dari.

186. Appellantem non teneri procedere in cauſa principali, niſi reuocatis attentatis & ſolutis expenſis; in puncto attentatorum idq; præiudiciis confirmatum.

187. An lite conteſtata reuocatio attentatorum permittatur, additis rationibus & Doctoribus, qui eam negent.

188. Contrarium tamen receptum, idque deciſionibus confirmatum.

189. Si attentata altioris ſint indaginis, an ſuſpendant cauſam principalem, & quomodo vtrumq; iudicium tractandum ſit, & num. 190.

191. In puncto attentatorum, etiamſi ea habeant prolixiorem Tractatum, ſummariè procedendum, per hoc tamen non cenſetur cognitio cauſæ ſublata, quarè ea non præcedente, non eſſe reuocanda.

192. Quæ requirantur in reuocatione attentatorum.

193. Pendente termino, 10. dierum, ad appellandum, innouata reuocari, & quomodo hoc caſu tempus computandum.

194. Defuncto reo, intrà decem dies conceſſos ad appellandum, an crimen etiam extinguatur, quo ad bonorum confiſcationem.

195. Attentata non reuocantur, ſi cauſam principalem concernant, & abſq; eius præiudicio reſcindi non poſſint.

196. Reuocationi non eſſe locum ſi attentata ſeparatam cauſam habeant, à lite appellationis.

197. *Appellatione non inſinuata iudici innouata non reuocari.*

198. *Appellationem impugnans an audiatur petens reuocationem attentatorum.*

199. *An attentatorum ratio habenda, ſi ea conſenſu partium acta ſint?*

200. *Si immineat aliquod periculum, niſi pendente appellatione, quid innouetur, id non eſſe reuocandum.*

201. *Prohibita appellatio ſiue à lege, ſiue ab homine, non facit attentata, addita huius ratione, & nu. 203.*

202. *Si appellatio operetur effectum deuolutiuum, non autem ſuſpenſiuum an reuocentur innouata?*

204. *Si de non iure petentis reuocationem conſtet, anne hæc exceptio admittenda?*

205. *Argumenta negatiuæ opinionis.*

206. *Affirmatiua opinio verior, eaq; deciſionibus comprobata.*

207. *Attentata quando reuocentur interpoſita appellatione ab interlocutoria, & à grauamine extraiudiciali, nu. 208.*

209. *Cap. bonæ, 51. ext. hoc tit. declaratum.*

210. *Nec inhibitio, nec remedium attentatorum, locum habet, contrà tertium, quod declaratur. nu. 212.*

211. *Inhibitio emanata in fauorem principalis, an proſit fideiuſſori?*

213. *Appellatione iniuſta reperta, attentata reuocanda eſſe, idq; deciſionibus comprobatur.*

214. *Quamuis repetitio priorum articulorum reijcienda ſit, ſi tamen quis ad vlteriorem eorum probationem ſe offerat, audiendus eſt.*

215. *Incumbere officio iudicis, conſiderare, an nullitates in primo iudicio commiſſæ ſint, declaratur, nu 219.*

216. *Nullitatem appellationi ex vi ipſius verbi incluſam cenſeri, etiam non facta mentione nullitatis, cuius ex officio rationem habendam eſſe, & nu 217.*

218. *Iudicem appellationis poſſe quandoq; ſuper iniquitate ſententiæ pronunciare, etiamſi reperiat ſententiam nullam.*

220. *Qui*

220. *Qui dicantur apices iuris, & declarata l. 29. ſi fideiuſſor, §. quædam, ff. mandati.*

221. *Ius ſtrictum variè nominari, cuius rationem, neq; in contractibus, neq; in iudiciis habendam probatur.*

222. *Ex ſtylo Cameræ Imperial neglectis nullitatibus proceſſus &c. in cauſa prinpali pronunciari, idq; iudicem appellationis facere poſſe comprobatur, quod exemplo declaratur, & num. 230.*

223. *Litis conteſtatio an in cauſa appellationis repeti debeat, cum diuerſis Doctorum ſententiis.*

224. *Quid in hac quæſtione ſtylo Cam. Imp. receptum ſit.*

225. *An cauſæ ſummariæ litisconteſtationem requirant.*

226. *Caſus, quibus etiam ratio nullitatum habetur in Cam. Imp. & nu. 227.*

228. *Sententia nulla ex defectu iuriſdictionis, à Iudice appellationis an confirmari poſſit?*

229. *Iuriſdictio in dubium vocata, an ſuper ea expreſſè pronunciandum?*

230. *Appellationem deuoluere cauſam nullitatis, eiuſq; deciſionem, ſecus ab interlocutoria ſententia.*

232. *In cauſa appellationis lata ſententia, qua ratione rurſum agi poſſit de nullitate,*

233. *Nullitatem principaliter attentatam, deuoluere cauſam principalem. & quando ea dicatur principaliter mota.*

234. *Iudicem nullitatis poſſe ſententiam confirmare ex nouis probationibus, vel etiam reformare ex noua cauſa, & numer. 235.*

236. *Repertis nullitatibus, an ex iiſdem actis iudicandum, an verò tota cognitio ex integro repetenda.*

237. *Nullitas reſultans ex defectu iuriſdictionis, non deuoluit cauſam principalem, nec ſententia confirmari, nec reformari poteſt.*

238. *Idem iudicium eſt, ſi nullitas ex defectu ineptitudinis libelli deprehendatur, neceſſariò ſuper nullitate pronunciandum.*

239. *Cauſa criminalis principaliter intentata, non deuoluit negotium principale, ſecundum ordinat. Cam. Imp.*

240. *Coràm quo Iudice cauſa nullitatis proponi, aut querela deferri poßit.*

241. *Intereſſe inter iudicem ordinarium & delegatum.*

242. *Receptum eſt, iudicem appellationis, & ſic ſuperiorem ſuper mota quæſtione nullitatis adiri.*

243. *Duplici via querelam nullitatis intentari poſſe, cum additis differentiis.*

244. *Querelam nullitatis, vſq. ad triginta annos moueri tantum poſſe.*

245. *Exceptio, quæ in modum actionis proponi poteſt, perit perempta actione.*

246 *Querelans ſuper nullitate, neceßè habet exprimere in ſpecie cauſas nullitatis, & quidem tales deducendæ quarum ratio habetur, aliàs non auditur.*

247. *Requiſita Mandati Procuratorij, ſecundum Ius Commune & Camerale.*

248. *Iudici appellationis incumbere, vt iuſtè vel iniuſtè iudicatum pronunciet & qua ratione id aſſequi poßit.*

249. *De vtilitate inueſtigandi actionis genus intentatum, & num. 250.*

251. *Actionis inueſtigationem, per tit. C. de formul. & impetra. non eſſe ſublatam.*

252. *Actionis genus ex concluſione inueſtigandum, & numer. 253.*

254. *Clauſula ſalutaris concluſioni libelli annexa, quàm vim habeat, & nu. 255.*

256 *Vt iuſtè iudicetur tria obſeruanda.*

257. *Formulæ ſententiæ dictæ ex Appellationibus.*

258. *Appellatio tantum deuoluit id, quod in primum iudicium deductum eſt, nec naturam litis immutat, ſed primæ actioni inhærendum, quod exemplo illuſtratur.*

259. *Iudicem appellationis priorem ſententiam reformare poſſe, adden-*

dendo, minuendo, & reum de nouo condemnando, & num. 260.

261. Difficultates quædam motæ reſoluuntur, & explicata l. 27. in hoc iudicio, ff. familiæ erciſcundæ.

262. Cognoſci poſſe à iudice appellationis, ſuper connexis cauſæ principali.

263. Iudicem appellationis ex officio ſupplere poſſe in ſententia, id quod expreſſè petitum non eſt, modò ex facti narratione & iuris diſpoſitione inferri poßit.

264. Declarata l. eos, in fine, C. hoc tit.

265. Quomodo pronunciandum in cauſa appellationis, ſi lata priore ſententia, nouæ leges promulgatæ ſint.

266. Nedum in cauſa principali, ſed etiam ſuper fructibus intereſſe. & expenſis, pronunciandum. à Iudice appellationis.

267. In iudiciis bonæ fidei, aut iis ſimilibus, fructus venire in reſtitutionem, à temporæ moræ, in ſtrictis autem, à tempore accepti iudicij.

268 Fructus non intelligi, niſi deductis ſumptibus.

269. Declaratum, qua ratione non ſolum fructus percepti, ſed etiam percipiendi reſtituendi ſint, cum conciliatione multarum legum, & num. 270.

271. Malæ fidei poſſeſſor vniuerſos fructus reſtituere tenetur, idem iudicium eſt, in bonæ fidei poſſeſſore, lite conteſtata, quod præiudiciis confirmatur, nu. 272. & 274.

273. Non ſemper litis conteſtatione, quem in mala fide conſtitui.

275. Bonæ fidei poſſeſſor ante acceptum iudicium, lucratur conſumptus fructus.

276. Difficultates ex aliquot legibus motæ reſoluuntur.

277. Explicata l. 48 ſumptus, ff. de rei vindicatione iuncta l 65. emptor, ff. eodem titul. ſecundum opinionem veterum, interpretum.

278 Neotericorum interpretatio & correctio.

279 Reſolutio huius interpretationis & poſt nu. 284.

280. *An bonæ fidei poſſeſſor in quantum locupletior factus, teneatur ad reſtitutionem fructuum, & quando quis locupletior factus cenſeatur.*

281. *Leges & argumenta negatiuæ opinionis.*

282. *Contrariæ opinionis fundamenta.*

283. *Confirmata prima opinio.*

284. *Bonæ fidei poſſeſſorem, obligari ad reſtitutionem fructuum extantium.*

285. *An idem obtineat in fructibus ciuilibus, cum diuerſis Dd. ſententiis.*

286. *In æſtimatione ineunda fructuum, cuius temporis ea conſideranda, cum diuerſis in hanc rem recitatis legibus, nu.* 287. 288.

289. *Reſolutio huius quæſtionis, ſub diſtinctione, & numer* 290, 291.

292. *Orta controuerſia ſuprà fructuum æſtimatione qua ratione hæc definiri poterit.*

293. *Petitionem ſortis principalis, cum vſuris, non reijciendam eſſe, eoq; iure nos vti.*

294. *Vſuras in iudiciis bonæ fidei, aut ijs ſimilibus, venire à tempore moræ.*

295. *L. prima & vltim. Cod. de vſuris & fructibus legatorum explicata.*

296. *In ſtrictis iudiciis quando vſuræ debeantur, cum diuerſis Dd. ſententiis. nu* 297. 298.

299. *Differentiam actionum bonæ fidei & ſtricti iuris in deſuetudinem abijſſe, ſecundum quorundam opinionem.*

300. *In Terris Imperij Creditori in mutuo à tempore contractæ moræ, loco Intereſſe, quinq; adiudicari, & lucrum ceſſans in iudicium deduci poſſe.*

301. *Intereſſe in ſtipulationem deductum, non deberi mora non commiſſa, non tamen contractum illa ſtipulatione vitiari, num.* 302.

303. *Moram committi, ſi interpellatus opportuno loco, & tempore,*

pore, quis non ſoluat, fruſtrationis cauſa.

304. *Ad effectum moræ, an vnica interpellatio ſufficiat, recitatis legibus, in confirmationem negatiuæ opinionis.*

305. *Lex mora ff. de vſuris, explicata.*

306. *An & quatenus mora commiſſa ſit, quæſtio eſt magis facti, quàm iuris.*

307. *Iudex appellationis, à tempore commiſſæ moræ in vſuras, nedum priori iudicio ceſſas, ſed etiam medij temporis, victum condemnare poteſt.*

308. *L. vltima. ff. de re iudic. iuncta l. 24. ff. hoc tit. explicata, additis rationibus dubitandi.*

309. *Victum agnoſcere debere ſumptus litis, niſi ratio litigandi fuerit, & quænam hæc ſit remiſſiuè.*

310. *Iudex, an quem in acceſſiones non petitas condemnare poſſit?*

311. *Diſtinctio interpretum, in hac quæſtione, & num. 312. 313. 314. 315.*

316. *Probata opinio exiſtimantium intereſſe inter acceſſiones perceptas, ante litis conteſtationem, & poſt litis conteſtationem.*

317. *Iudicem ex officio victum poſſe condemnare in acceſſiones etiam non impeditas, maximè adiecta clauſula ſalutari &c.*

318. *Legis ædiles 25. §. idem ſciendum, ff. de ædilitio edicto, explicatus.*

319. *Quo officio petantur expenſæ.*

320. *Diſtinctio interpretum, officij Iudicis in nobile & mercenarium an ſubſiſtat?*

321. *Appellans ſuccumbens in cauſa appellationis ex prioribus actis, in expenſas condemnandus.*

322. *Appellatus victus, in cauſa appellationis, an in expenſas condemnandus?*

323. *Benignius eſt, ſuccumbente appellato, in cauſa appellationis compenſationem expenſarum faciendam.*

324. *Reformata ſententia, in iudicio appellationis, compenſandas expenſas eſſe.*

325. *Interpoſita appellatione, ab interlocutoria, iuſtificatis formalibus, omiſſa actionis inueſtigatione, inquirendum, an iure appellatum.*

326. *Iniuſta pronunciata appellatione, ab interlocutoria, cauſa remittenda ad Iudicem priorem, cum refuſione expenſarum; idem iudicium eſt, ſi cauſa ſit deſerta, nu 329.*

327. *Si delatum ſit appellationi ab interlocutoria, poſſe iudicem appellationis retinere cauſam principalem.*

328. *Iniuſta appellatione pronunciata, ab interlocutoria, quomodo cauſa remittenda.*

330. *Si pronuncietur malè appellatum, annè inſtante appellato, cauſa principalis retineri poſſit.*

331. *Iuſta pronunciata appellatione, ab interlocutoria, cauſa non remittenda ad priorem iudicem.*

332. *Si in diuerſis inſtantiis diuersè pronunciatum, quomodo à ſupremo Iudice appellationis pronunciandum.*

333. *Appellatio interpoſita, ab interlocutoria, quando cauſam principalem ad iudicem appellationis deuoluat.*

334. *Iudicem appellationis pronunciare debere ſuper expenſis, interpoſita appellatione ab interlocutoria, quæ plerumq; an compenſari ſoleant.*

335. *In taxatione expenſarum, habenda ratio, ſolum iudicialium, & neceſſariarum.*

336. *An ſumptus explicandi ſint, ratione damni emergentis.*

337. *Intellectus, §. hæc autem, Inſtitut. de pœna temerè litigantium.*

338. *Taxatio expenſarum, apud quos Iudices facienda.*

EXCVSSIS temporibus & ſolemnitatibus Appellationum. Conuenienter, ne planè quis infructuoſam appellationem interpoſitam arbitretur, effectus eiusdem ſubjiciendi ſunt.

Pro

Pro euidentiori explicatione huius capitis, illum ordinem ſequemur.

Primo diſpiciemus, qui ſint effectus appellationis,

Deindè, illationes quaſdam ex illis emanantes diſcutiemus,

Tertio, de officio appellantis tractabimus.

Quarto, quid incumbat appellato, & quamuis hæc commodius exequi potuiſſem, in ſuperiori capite, vbi de formalibus appellàtionum dictum eſt, tamen coniungenda eſſe duxi, cum officijs iudicum.

Quinto itaque, de officio Iudicis A QVO &c. videbitur.

Vltimo, quodnam officium iudicis AD QVEM appellatum ſit.

Primus itaque effectus Appellationis interpoſitæ † ſit, vt ſuſpendatur prior ſententia, *l. 32. ſi cauſa, Cod. de tranſaction. l. præcipimus* 32. *§. 3. hæc ſi, C. hoc tit. cap. venientes,* 29. *ext de iure iuran. cap.* 1. *extr. de re iud. & paßim alibi, & appellatio extinguat pronunciatum, l.* 1. *§. fin.* ibi, *Quia Prouocationis remedio condemnationis, & extinguitur pronunciatio, ff. ad S. C. Turpillianum &c.* ſeu omnes iuris effectus quos producit ſententia, vt actionem iudicati, nec ius aliquod quæſitum ex ea dici poſſit, *l. diximus,* 4. *ff de excuſat. Tutor.* vim poteſtatemq; executionis, ſi ab ea prouocatum ſit iure permiſſo, *Codex Fabr. lib.* 7 *tit.* 20. *defin.* 13. *& tit.* 26. *definit.* 18. Suſpenditur, inquam, ſententia, conſiderato videlicet futuro ſtatu cauſæ, eiusq; euentu, extinguitur autem inſpecto præſenti ſtatu ita communi Interpretum iudicio, receptum eſſe, refert *Gail, lib.* 1. *obſ.* 144. *num.* 2, *Couarr. pract. quæſt. cap.* 23. *nu.* 1. 1

Hinc pendente † hoc iudicio nondum quis condemnatus dicitur, *l. 6. furti, §* 1 *ſed ſi furti, ff de His qui notantur infamia, l. ſciendum,* 15 *§. 6 ſi fundum, ff qui ſatisdare cogant. &c. l.* 2. *rei, §. ſecundo. eum accipimus, ff de pœnis. l qui* 13. *§. fin ff de teſtam. leg. 6. ſi quis §. octauo, hi autem omnes, cum ſequen ff de iniuſto rupto. l. filius,* 42 *§.* 2. *&* 3. *ff. de bonis libertor. l. 7. reus, §. primo.* 2

eum, ff. de muncrib. &c. l. prima Cod. de bonor. poſſeſſ. ſecundum tabulas.

3 Ex his deducitur ſecundo, † ſi per ſententiam, quid facere quispiam iuſſus, intra certum tempus,& ni faceret, inferre certam pecuniæ quantitatem interpoſita appellatione, ab ea ſententia,& lite per aliquod tempus protracta, condemnatus ſuccubuerit, priori tamen iudicato intrà præfinitum tempus ſatisfaciat, non erit locus condemnationi pecuniæ; quia appellatio ſuſpendit iudicatum, & dilatio temporis demùm à die confirmationis prioris ſententiæ cedet, *l. 2. C. de vſuris rei iudic. Codex Fabr. lib. 3. tit. 10 definit. 3.*

Ratio autem ſuperiorum eſt, quia vt dixi, appellationi ſuſpenditur ſententia, vt nullum operetur effectum, extinguit pronunciatum,& conſeruat ſtatum appellantis, in eo, quo erat antè ſententiam, vndè omnia explicare poterit, quæ poterat

4 antè ſententiam, quod ſuperioribus legibus, † & exemplis,& alijs illuſtrari poſſet, vt debitum ex ſententia, à qua prouocatum compenſari non poſſit, cum debito liquido, cum per appellationem ius iudicati extincta ſit, ea enim ſententia indubitata eſt, quæ nullo remedio attentari poteſt, vt ait I. C. in *l. eleganter, §. 1 ſi poſt in fin. ff de condition. indebiti &c.* Sic *Cicero pro Sylla*, ait, rebus iudicatis rem publicam contineri, ne reſcindantur iudicia, à quibus non prouocari, neq; ius ſententiæ controuerti poteſt, de qua re latè *Robertus lib 1. ſentent. cap. 24.* vbi diſputat, quomodo ſententia à re iudicata differat, communiter *Dd Duarenus, ad l 1 ff de re iudic.* Sed ad rem, adeò ſuſpenditur ſententia appellatione, vt ſi nulla facta mentione prouocationis ab aduerſario interpoſitæ, confirmaretur prior ſententia, confirmatio non ſubſiſteret, *cap 3. bonæ, ext de confirmat. vtili, vel inutili,* neq; executioni mandari poſſit, *capit. venientes, de iure iuran. cum ſimil. b.* tum propter ſuperioris authoritatem, tùm quia † pendente hac controuerſia, (quæ pen-

5 dere dicitur appellatione legitimè interpoſita, & inſinuata, aliàs nihil imputatur Iudici, vt ſæpius dictum) nihil innouandum

dum *toto titul. ff. nihil innouari &c.* ſiue recepta appellatio ſiue non ſit, ne præiudicium fiat, quo ad deliberetur, vtrum recipienda ſit nec ne, dum enim diſputatur, an appellatio admittenda, omnia ſunt in ſuſpenſo, & innouatio, pendente appellatione inhibetur à iure, *l. 1. in princip. ff. nihil innouari &c. l 3. appellatione*, modo tamen appellationem ius admittat, vel niſi notoriè conſtet, non eſſe recipiendam.

Pro cuius rei cognitione exactiori ſciendum eſt, antiquitus ita comparatum fuiſſe, vt Iudex, qui appellationem non receperit, opinionem ſuam confeſtim per relationem manifeſtare, & cauſam ob quam non receperit, appellationem, eiuſq; exemplum litigatori edere debuerit, & tamdiu ſuperſedendum, dum Princeps, ad quem retulit, deliberauerit, recipienda ſit appellatio, nec ne, *l. ſciendum. 6. ff de appell. recip. iuncta l. 1. in princip ff nihil innouari*, & huiuſmodi relationibus, conſultationibus, acta, Inſtrumenta, libelli partium ſubijci conſueuerant. Videatur *l. à proconſulibus, 19 l vlt. §. in refutatoriis, 1. C. hoc tit. l vlt. § in his autem C de temp appell. Briſſonius, de formul. Rom. Imp. lib. 3 fol. mihi, 308. Cuiacius, lib. 22. obſ. cap. 32.* & ea, quæ ſupra, *cap. 4* diximus. 6

Exemplum autem, huius non receptæ appellationis, & pēdente relatione, ſeu deliberatione, nullæ nouationis interponendæ, extat, *in l. ſi quis filio, 6 § 9. quid tamen, ff. de iniuſto rupto &c in hæc verba* Nam vt eſt oratione D. Marci expreſſum, tametſi prouocantis, vel eius pro quo prouocatur, appellatio non fuerit recepta, pœna tamen ſuſtinenda eſt, quo ad Princeps reſcripſerit ad literas Præſidis, & libellum rei cum literis miſſum &c. & *in l. 57. chirographis, §. 1. ff. de admin. Tutor.* quod ipſum colligitur ex epiſtolis *Plinij*, ſupplicium diſtuli, vt te cōſulerem de modo pœnæ &c. Si quis huius rei plures authoritates deſideret, conſulat *Briſſonium, d. lib. mihi, 307.*

Ex his verus intellectus † conſtat, *ad d. l. 3 C hoc tit.* quid ſit ibidem, in præiudicium deliberationis nihil fieri debere, hæc tamen eò pertinent, vt ſi aliqua iuſta cauſa ſubſit, quæ moram 7

non recipiat, non pœnæ feſtinatione, ſed præueniendi periculi cauſa, vt tunc punire permittatur, deinde ſcribere, *d. l. 6. §. ſi tamen*, verſic. *niſi fortè latro &c. l. conſtitutiones*, 16 *ff. de appellat. recip.* Alias autem recepta appellatione ſiue non, nihil innouandum, quo ad deliberetur, vtrum recipienda ſit appellatio, an non, quæ res conuincit ignorantiæ, & erroris Iudices huius tempeſtatis, qui non recepta innouant, cum tamen ſit conſtitutum, & ſit iuris, ne quid pendente appellatione innouetur, *l. 1. §. 4 ergo. ff. Nihil innouari &c.*

8 Pendente itaque hoc iudicio, † ſententia executioni mandanda non erit, quòd eo producitur, vt Iudex ſecularis non teneatur iudici Eccleſiaſtico impartiri brachium ſeculare, pro executione ſententiæ, à qua fuit appellatum, multis hoc comprobat authoritatibus, & illuſtrat *Rulant. tract. de inuocat. brachij ſecularis. cap.* 24.

9 Ex his reſultat quæſtio, † an appellatio debitoris, impediat executionem, contra fideiuſſorem, eadem ſententia, condemnatum, nec appellantem.

Mouet dubitationem, ſententiam tranſiuiſſe in rem iudicatam, quoad fideiuſſorem, ideoq; exequendam.

Secundo, ſaluam eſſe debitori exceptionem, ad imputandum fideiuſſori, cùr ſoluere, aut iudicato ſtare quam appellare maluerit, & ita definitum, *in Senatu Sabaudiæ, refert Codex Fabrian. lib.* 1. *tit.* 16. *definit.* 21.

Dici forsè poſſet, ſuperſedendum executioni, cum à fideiuſſore petitur, reus principalis inquietetur, & poteſtate à reo petatur, vt ait I. C. *in l.* 29 *aduerſus*, *ff de arbitris*, *l.* 46. *cum lex*, *ff. de fideiuſſ l. ſi quis reum.* 5 *ff. de liberatione legata* Nec appellandi neceſſitate conſtringi videtur fideiuſſor, cum ſufficiat debitoris principalis appellatio interpoſita, quę extinguit pronunciatum, idq; ob connexitatem cauſarum.

10 His ita conſtitutis, † videamus, an idem probandum ſit, vt executio fieri non debeat, petita in integrum reſtitutione?

Et quidem *l. vnica, Cod. de in integr. petit. poſtulata &c.* inſinuat,

Digitized by Google

nuat; omnia in ſuo ſtatu eſſe debere donec res finiatur, & non minus reſtitutione in integrum, quam appellatione ſuſpendi ſententiam, docet *l. ſi cauſa*, 32. *C. de tranſact. Codex Fabr. libr.* 2. *tit.* 30. *defin.* 1. *Rulantus lib.* 8. *de proceſſ. iud. interr. par.* 3. *cap.* 16. *nu.* 25.

In contrarium vrget *cap ſuſcitata, de reſtitut. in integ.* vbi cauetur, executioni mandandam eſſe ſententiam, recepta tamen cautione, ab aduerſario, & ita factum refertur ab *Auth. præiudic. Cam.* in verbo, *error in fine, Rulanto, par.* 3. *lib.* 9. *de remed. conſeru. rer. acquiſ. cap.* 15. *nu.* 9.

Variè de hac reſcripſerunt Interpretes, vti colligere eſt, ex *Mynſingero, centur.* 3. *obſeru.* 80. *Bolano, in tract. de in integ. reſtit. cap.* 28. & 29.

Inter alios *Bartholus, l.* 4. *§. condemnatum, ff. de re iudic* putat intereſſe, an petitio reſtitutionis in integrum ſit altioris indaginis, an verò incontinenti probari poſſit; vt illic executio intermittenda non ſit, hic verò aliud obtineat.

In cuius opinionis confirmationem adduci poterit ratio *l.* 13. *ille à quo, §.* 3. *quid ergo, ff. ad S. C. Trebellianum, in verbis,* Si cognitio prolixiorem tractatum habeat &c. & *l.* 3. *in hac, §. ibidem,* 13. *ff. ad exhibendum, ibi,* Si obſcurior vel quæ habeat altiorem quæſtionem &c.

Alij, vt *Maranta, hoc tit. nu.* 108. & *relati Tom.* 2. *Symph. par.* 2. *voto,* 49. *nu.* 49. & *nu* 58. exiſtimant petitionem reſtitutionis in integrum, non morari executionem ſententiæ latæ à Principe, vel eius ſupremo Senatu.

In hac opinionum conflictatione, † ſtatuendum, poſtulata in integrum reſtitutione, executionem impediri, indiſtinctè, & etiamſi prius ſit petita executio, nam quamuis reſtitutio contra executionem petita, in modum exceptionis, proponi videatur, non tamen mutat naturam ſuam, *Fachineus, lib.* 12. *illuſt controu cap.* 19. *Lancelott. de attentatis, cap.* 18 *nu.* 10. & 19. idque authoritate *d. l* 32 *ſi cauſa,* & *l. vnicæ, C. ſi in integrum petitio poſtulata,* quæ hoc apertè euincit, niſi conſtet, cauſa re- 11

morandæ executionis ſententiæ petitam eſſe, quæ eſt ſententia *d. cap. ſuſcitata*, quod nihil derogat Iuri Ciuili, ſed potius id reſtringit, aut declarat: Summus enim Pontifex definit, æquitate naturali motus, executioni mandandam eſſe ſententiam, quia ex præſumptionibus colligi videbatur, eam petitam eſſe per calumniam. namq; malitijs hominum indulgendum non eſt, vt inquit *l. 39 in fundo, ff. de rei vindic.*

Et in hanc ſententiam allegari poteſt ratio *l ſi is. à quo, 3 ff. vt in poſſeſſ legator. vel fideicommiſſ. &c. & l. 2. ſatis, C. ad l. Corneliam, de falſis.*

Occurret aliquis, qua ratione dici poterit, in fraudem executionis ſententiæ, reſtitutionem in integrum imploratam, cum iuſta cauſa proferri debeat petendæ reſtitutionis, *l. 3. omnes, ff de in integ reſtit.*

Reſpondendum eſt, cum illa præſumptio ſit tantum probabilis, ideò iuſtitia illarum cauſarum examinanda eſt, an veræ ſint, & quidem ſummatim, *d. l. 3. omnes, iuncta l. 3 ſi is à quo, §. 1. ff. vt in poſſeſſ. legator. &c.* ne autem retardetur executio, quam remorari, ob petitam in integrum reſtitutionem, propter allegatas quaſdam cauſas, Procurator, *in d. cap.* contendebat, maximè cum contrà eundem præſumptiones malitiæ militarent, iure deciſum, ſententiam exequendam, præſtita tamen cautione, & ita communi calculo receptum eſſe, nec aliter iudicandum, refert *Mynſing. d. cent* 6. *obſ.* 80. *in fine.*

Et pro confirmatione huius ſententiæ, facit *Ordinat. Camer. Imp. par. 3 tit. 52.* vbi ſtatuitur, vt non habita ratione calumnioſè petitæ reſtitutionis in integrum, procedatur ad executionem, ſecundum Ius Commune.

12 Nec obſtat † *d cap ſuſcitata.* nam vt dictum eſt, cum Summus Pontifex animaduerteret, ex Præſumptionibus eſſe petitam reſtitutionem in integrum, ad effectum retardandæ executionis ſententiæ, ideoq; ea poſthabita, videri exequendam ſententiam, è diuerſo autem allegaretur, poſtulata & conceſſa, reſtitutione in integrum, eſſe ſuperſedendum, quod ea non

con-

concedatur, niſi cauſa cognita, *l. 3. omnes, ff. de in integ. reſtitut.*

Quarè illas præſumptiones,† aut coniecturas malitiæ ceſſare, & Monaſterio per executionem ſententiæ, damnum inferri, iure definitum, vt quamuis poſtulata in integrum reſtitutione ſuſpendatur ſententia, tamen ſi præſumptio ſit cauſa morandæ executionis eam petitam, mandari poſſe ſententiam executioni, nam etſi nihil facilè immutandum ſit ex iure, tamen vbi euidens æquitas poſcit, ſubueniendum eſt, cum in omnibus, & quidem maximè in iure, æquitas ſpectanda ſit, *l. in omnibus. 90. ff de Regul. iur.* Vnde, quantum ad ſubtilitatem iuris, aut rationem diſputandi, videbatur intentionem Monaſterij in iure fundatam, æquius tamen eſt, ſecundum ea, quæ propoſita ſunt, *in d. cap ſuſcitata* vt ſententia executioni mandetur, præſtita cautione, ab aduerſa parte. 13

His ita ſubductis, conſtat, in hac ſpecie, inter Ius Ciuile, & Canonicum, nullam differentiam conſtituendam, ſed, Summum Pontificem, illud ad æquitatem retuliſſe, aut reuocaſſe. Conſequẽs eſt,† vt inquiramus, quid obtineat, in deducta quæſtione nullitatis ſententiæ. 14

Sciendum autem eſt, † eam tripliciter proponi; Primo, principaliter, ſeu ſeorſim: ſecundo, per viam appellationis, & ſimul cum appellatione, & tunc, aſſumit eiuſdem naturam, operatur priuilegium attentatorum. & impedit executionem, *capit. exhibita, extr. de iudiciis, Lancelottus, de attentatis. cap 12. ampliat. ſexta.* Tertio, incidenter per viam exceptionis, cuius ſi ratio non fuit habita excipiendo, principaliter intentari poteſt. 15

An itaq; nullitas † in iudicium principaliter deducta, impediat executionem? Variè ſentire Interpretes, videre eſt apud *Lancelottum, de attentatis cap. 16. 17. nu 9.* Crebrius placuit, referre, an quæſtio nullitatis prolixiorem Tractatum habeat, vt ea oppoſita executio non retardanda ſit, *Barthol Iaſon, & communiter Dd ad l. 4. § condemnatum. ff. de re iudic. Couarr pract. quæſt..* 16

quæſt. cap. 21. *nu.* 1. *Mynſing. cent* 4. *obſ* 64. *&* *cent.* 6. *obſer.* 4. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 113. *nu* 2 *&* 3. *obſ.* 127. *nu.* 10. *& obſer.* 144. *poſt nu.* 7. *Greg. Tholoſ. in tract. partit. Iur. Can. lib.* 5. *tit.* 14. *cap* 6. *lit. L. Rulant. de Commiſſ. par.* 3. *lib.* 8. *de proceſſ. iud. &c. cap.* 14. *in fin.* vbi hoc præiudicio confirmat.

Accedat & communis Dd. enunciatio, exceptiones in executione oppoſitas non attendi, ſi prolixiorem Tractatum habeant, aut altioris inquiſitionis ſint, *Rulant. d. lib.* 8. *cap.* 16 *nu.* 13. vbi eam multis authoritatibus, & præiudicio confirmat, *tom.* 1. *Symph par.* 2. *tit.* 14. *vot* 3. nam & exceptio litem in lõgum extrahens, calumnioſa reputatur, quatenus tamen, & quæ exceptio altiorem indaginem requirens dicatur, arbitrio iudicis committendum, *Menoch. de arbitr. iud lib.* 2. *cent.* 1. *caſu*, 20. *num* 3. Sin verò liquidò probata nullitas ſit, querela rei admittenda eſt, & exequi ita iudicatum non debet, *l. ſi Prætor*, 75 *in fin. ff. de iudiciis, l. vlt C ſi ex falſis inſtrum. Benderus, de reuiſionibus. concluſ.* 20. *nu.* 154. vbi communem & veram teſtatur eſſe opinionem, nullitate in continenti probata remorari executionem, adeò, vt Iudex brachium ſeculare impartiri non teneatur, iudici Eccleſiaſtico. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 115. *num.* 4. *&* 5. *Rulant. de inuocat. brachij ſecular. cap.* 11. *nu* 22. *&* 34.

Porrò, ſingulariter ſciendum, vt intentata querela nullitatis, etiamſi notoria non ſit, & requirat altiorem indaginem, ſuperſedendum ab executione, ſi ea contineat grauamen irreparabile, vel agatur de re irretractabili, *Dd. ad l.* 4. §. *condemnatum ff de re iud.* vti accidit in cauſa criminali, alias iudici exequenti de facto reſiſtere poſſe, tradit *Guido Papæ, hoc tit. de appell. nu* 94. *Codex Fabr. lib* 7. *tit.* 20. *definit.* 15. videatur *& Menoch. de arbitr. iud. lib.* 1 *q*, 8.

17 Quatenus verò † impediatur executio per reuiſionem, res deciſa eſt *nouiſſ. Spirenſi conuent. Anno* 1600 §. Als auch ſtreit fürgefallen :c *fol. mihi*, 773.

Perſequamur & alios effectus appellationis.

18 Secundus itaq; effectus eſt, † vt cauſa deuoluatur ad Iudicem

cem

cem appellationis, ſeu vt Dd. loquuntur, operatur effectum ſuſpenſiuum, de quo iam dictum, & effectum deuolutiuum, *l. 32. præcipimus, §. 1. cum ſeq. C. hoc tit. cap. dilectis, 55. in fin. ext. hoc tit.* & interdicta appellatione, ij dem ceſſant, videntur tamen, hos ſeparari, nec conceſſam aut prohibitam appellationem, vtrumq; operari, *l. generaliter, 12 §. 2. ſin autem, iuncto §. 4. his de præſentibus C. de rebus credit. &c. cap paſtoralis, 53. §. 1. extr. hoc tit. cap. per tuas, 40.* verſic. *Nos igitur, de ſentent. excommunic. cap. 15. cui, 20. eodem in 6.*

Tertia vtilitas appellationis eſt, † quod ea reducat cauſam ad tempus litis conteſtatæ, *l. ita demum, 13.* vbi communiter *Dd. C. de Procurator.* quare illæ exceptiones, quæ poſt litem conteſtatã opponi poſſunt, rectè in cauſa Appellationis proponuntur, *d. l. ita demum,* hinc exceptiones dilatoriæ, in primo iudicio omiſſæ, in hoc, non recipiuntur, *Auth. præiudic. Cam.* in verbo *exceptio, fol. 121.* verſic. *exceptio*, vbi refert, exceptionem excuſſionis omiſſam, in prima inſtantia, in cauſa appellationis, quia dilatoria, non fuiſſe admiſſam. Diuerſum autem obtinet in ijs, quæ in primo iudicio, poſt litem conteſtatam, proponi poſſunt, hæ enim etiam omiſſæ, aut non productæ, coram primo Iudice, A QVO appellatum, recipiuntur, modò pendeant ex quæſtione, in prius iudicium deducta, exemplum elegans; *in cap. 10. cum Ioannes, ext. de fide inſtrum. Ordin. Cam. Imp. par. 3. tit. 33. §.* Dergleichen *&c.* 19

His conſequens eſt, ea in cauſa appellationis non improbari, quæ pendente cauſa principali in primo iudicio fieri poſſunt, vndè ſtatuunt Interpretes, attentatum non cenſeri, ſi quid legitimè factum ſit, & vt loquuntur, ſecundum litis exigentiã, puta, cõpellere litigantes ad cauendũ *l. poſtquam* † *5. §. Imperator, 1. ff. vt legator. ſeu fidei. &c.* vbi refertur, Principi placuiſſe, poſt prouocationem quoq; fideicommiſſi cautionem interponi poſſe, quod enim ante ſententiam, ſi portionis dies moraretur, fieri debuit, admitti poſt victoriam, dilata petitione non oportuit? vti eſt ſententia *Bartholi, in dict. §. 1.* & alio- 20

rum interpretum, quæ diſplicent *Cuiacio*, *lib*. 15. *obſ. cap*. 10 vbi putat, lite nedum cõteſtata, in iudicio appellationis rectè cautionem interponendam, quia antè litem de legato conteſtatã, interponenda ſit, in primo iudicio, nam ſi omiſſa ſtipulatione lis de legato conteſtata ſit, hanc ſtipulationem ceſſare, *l.* 1. §. *planè ſi quis*, 9 *ff. vt legator. ſeu fideicommiſſ.*

Nec obſtare *d.* §. 1. *Imperator,* quia ſequentia verba, *ſi petitionis dies moraretur &c.* Sententiam *d.* §. 1. declarare, quia *inquit*, ſi petitionis dies moraretur, *id eſt*. ſi dies legati aut fideicommiſſi petitionem, actionemq́ue differat & nondum peti legatum poſſit, id enim, quod in diem, vel ſub conditione debetur, in iudicium deduci non poteſt, *l. non. poteſt*, 23. *iuncta l. non*, 35. *ff. de iudiciis*, ſi inquam, nondum peti legatum, nondum lis de legato conteſtari poſſit, ergo antè ſententiam, & ante litem conteſtatam, cautio interponenda &c.

21 Sententia tamen †veterum interpretum, non videtur deſtituta ratione, aperta enim eſt argumentatio I. C. *in d.* §. 1. ſi, *inquit*, mora iniecta ex die vel conditione, vt quia fideicommiſſi, ſeu portionis dies nondum venerit, nihilominus tamen cauendum, multò magis poſt condemnationem hæredis re per appellationem extracta, ſiue vt *d.* § loquitur, dilata petitione, per appellationem, ſi præſens ſit legatum, ſtatim exigi poſſit, hæres autem tergiuerſaretur, cur pendẽte iudicio, propter moras iudicij, legatarius ſibi proſpicere non poſſit? *l. etiam*, 15. *ff. vt legator. ſeu fideicom. &c.* Sin autem is, prætermiſſa hac ſtipulatione, maluerit iudicium accipere, ſatisdatio iniungenda non eſt, ſuæ. n. facilitati expẽſum ferre debet, qui hac via conſequẽdi legatum, contentus eſſe noluit, cum de legato ante conſtare poſſit, quàm ſatisdatio probari, aut præſtari, exiſtimetq́; Legatarius, cepto iudicio, antè de fideicommiſſo, quàm de ſatisdatione conſtare poſſe, *l.* 3. *ſi* 15 *à quo, ff. vt in poſſeſſ. legator. &c.* vice verſa, petita ſatisdatione, hæres opponat, per calumniam eam deſiderari, iuxta *d. l.* 3. § 1. aut neget, fideicommiſſum, dicatq́; hodie conſtet de fideicommiſſo, hodiè agatur, ceſſabit ſatisdatio, *d. l* 3.

Aliud

Aliud autẽ † eſt, ſi propter tergiuerſationẽ hæredis legatarius cogatur, iudicium ſuſcipere, nihil ſanè ꝓponi videtur, cur cautio etiam, poſt litem conteſtatam, exigenda non ſit, ſi dilatio 22
aut exercitio iudicij damnum illatura ſit legatarijs.

Secundo, ex eo, quod cauſa appellationis deducat litem ad tempus litis conteſtatæ, infertur, in ſecundo iudicio reconuentioni locum non eſſe, cum ea poſt iudicium admittenda non ſit, quam ſententiam aſſerere videntur ſequentia.

Primo, † *Authent. & conſequenter. C. de ſentent. & interloc. omn. iud. l. 1 C. de ſatisdando, c. 1. ext. de mutuis petit* ibi, *in continenti coràm vobis &c.* abſurdum autem eſſe, dicta verba, vſq; ad ſententiam 23
intelligere, quare poſt litis conteſtationem, reconuentioni nõ erit locus, ſiue ea verè, ſiue fictè, interceſſerit, fictam namq; litis conteſtationem ſufficere, refert in Senatu Senatu Sabaudiæ definitum, *Codex Fabr. lib 3. tit. 10. definit. 25.*

Secundo adducitur, ſed perperam *tex in l. 2. conſenſiſſe, §. 3. legatis,* verſicul. *ei quoq; ff. de iudiciis* in verbis, *qui prouocauit, non imponitur neceßitas intra tempora prouocationis exercendæ, Romæ, vel alio loco, vbi prouocatio exercetur, aliis pulſantibus reſpõdere &c.* loquitur enim de tertio interpellante, appellantem apud Iudicem appellationis, non de ipſo reconueniente.

Tertio, cum appellatio eò potiſſimum pertineat, vt iniquitas iudicantium corrigatur, *l. 1. ff. hoc tit. cum ſimilib.* per obiectionem autem compenſationis, nihil tale fiat, conſequens videtur, eam in ſequenti iudicio repudiandam eſſe.

Quibus accedat, quod ceſſet ratio, *l. 14. cum Papinianus, C. de ſentent. & interloc. omn. iud.*

Deniq;, iudex appellationis, de alia re, quã in prima inſtãtia deducta, cognoſcere non poteſt, vt infrà latius videbimus, ſeu noua capitula, ſi non ex iis, quæ in primo iudicio propoſita, aut eis coniuncta ſunt, adduci non poſſe, in ſecunda inſtantia, reconuentionem autem planè eſſe nouum capitulum, ab antiquo non dependens, ita argumentatur *Ioan. Ferr. hoc tit. lib. 3. cap. 8.*

Et hanc opinionem communem refert *Maranta, par.* 3. *diſt.* 6. *nu.* 24.

24 Non deſunt tamen, † qui exiſtiment, etiam poſt litis conteſtationem reconuentionem non improbandam, eandemq; in cauſa appellationis admittendam, vbi ea in primo iudicio proponi permittitur, ſed hoc differentiæ eſſe, quod lite conteſtata, cauſa conuentionis, maturius definiri debeat, nec vtraq; cauſa conuentionis & reconuentionis, viciſſitudine iudiciorũ pertractanda ſit, Secundum *Bartholum*, & communiter Interpretes, *ad d. authent. & conſequenter*, *& l.* 14 *cum Papinianus*, *C. de ſentent. & interlocut. omn. iud. &c.* Reconuentioni enim duo priuilegia, ſeu prærogatiua attribuuntur, vnum eſt, ſimultanei Proceſſus; aliud, prorogatiuum iuriſdictionis, quod videlicet reus, actorem coram non ſuo iudice reconuenire poſſit, idq; vsq; ad ſententiam, & hæc, ſeparationem admittere, tradunt *Panorm. & alij, in cap.* 1. *ext. de mutuis petition.*

In huius autem opinionis fulcimentum, ponderari poteſt, *cap. diſpendia*, 3 *de reſcriptis in* 6. in verbis, *reus quoq; ſi eodem durante iudicio actorem ſibi obnoxium dixerit, reconuentionis beneficio &c.*

Secundo, reconuentio, mutua actio, ſeu petitio, idem enim ſunt, *l. ſi idem* 11. §. 1. *ſed etſi. ff. de iuriſdict. omn. iud. l. Lucius*, 38. *ff. mandati*, ſit compenſatio *l* 1. *C. rerum amotarum*, *Cuiacius*, *in cap.* 1. *ext. de mutuis petition.* quæ fieri poteſt, nedum ante concluſionem, ſed etiam in ipſa executione, *l. ex cauſa*, 2. *de compenſat.* de qua re *in cap.* 1. ſupra dictum eſt, & maximè teſte *Cuiacio*, *lib.* 9 *obſ.* 37. *fol.* 400. mutuæ petitionis obiectio, compenſatio, ac proindè quarum rerum inter ſe compenſatio non ſit, nec mutua petitio.

25 Verum, † in hoc argumento, non magna vis conſtituenda, cum reconuentio, quamuis compenſationi affinis ſit, in multis inter ſe differant, *VVeſenbecius, in paratit. titul. de compenſat. circa finem*, *Codex Fabr. lib.* 4. *titul.* 23. *defin.* 15. vbi refert, compenſationem, in cauſa appellationis, non autem reconuentionem,

nem,

nem admitti, quia appellatio reducat rem ad terminos litis conteſtatæ, & quæ poſt litem conteſtatam fieri non poſſunt, nec in lite appellationes recipi, *Dd. ad l. exceptionem*, 19. *C. de probation.*

Porrò, cum hæc quæſtio in *Ordinat. Cam. Imp. par.* 3 *tit.* 30. deciſa ſit, non multum inſiſtendum, videlicet, mutuam petitionem, actionem, ſeu reconuentionem inſtituendam eſſe, antè litis conteſtationem, tumq; vtramq; cauſam viciſſitudine iudiciorum ſimul pertractandam, ſin autem poſt litem cōteſtatam, antè concluſionem, in cauſa, ſeparatim cauſam conuentionis & reconuentionis tractandam & decidendam eſſe, & clarius *in Ordinat. Ratisbonæ*, conſtituta, *Anno* 1507. §. Merck auff *&c. fol. mihi*, 77.

Hanc deciſionem iuri communi conſentaneam † ſtatuo, 26
quidquid alij dicant; de primo membro non eſt dubium, vti conſtat *ex d. Nouella*, 96. *cap.* 2. §. 1. *Sancimus*, *& l* 1. *C. de ſatisdando*, verſ. *Sin autem ei ab aduerſario &c. Clement. ſæpè*, verſ. *Quia iuxta petitionis &c. de verbor. ſignific. cap.* 1. *ext. de mutuis petitionib. in fin.* quod ipſum confirmat præiudicijs, *Rulantus par* 3. *lib.* 8. *de proceſſ. iudic. interr. cap.* 7. *poſt nu.* 14. verſic. *ſi de ſimultaneo &c.* hæc enim eſt natura conuentionis & reconuentionis, vt ſimultaneo proceſſu determinetur, *l.* 1. §. *fin. ff. quæ ſententiæ appell. Mynſing. cent.* 1. *obſ.* 10.

Reconuentioni autem † etiam poſt litis conteſtationem lo- 27
cum eſſe, conſtat *ex d. cap. diſpēndia. de reſcriptis in 6.* Animaduertendū, n. non ibidem dici, vti *in d. cap.* 1. *ext. de mutuis petit.* vt viciſſim partium rationes audientes, vtriusq; negotium terminetis, quia ſi durante iudicio reus actorem ſibi obnoxium eſſe duxerit, vtraq; cauſa viciſſitudine iudiciorum ſimul pertractanda non eſt, nec cauſa conuentionis retardanda, ob inſtitutam mutuam actionem, & hæc eſt ſententia *d. Clemen. ſæpè*, verſicul *verum, quia iuxta &c.* videlicet petitionem ex parte rei, in ipſo litis exordio faciendam, ſi pronunciationem etiam

Digitized by Google

ex parte rei ſequi velimus, *& cap. 2. cum dilectus, circà medium ext. de ordine cognitionum.*

Et hæc opinio ſumma æquitate ſubnixa videtur, ſuadet enim fauor litium expediendarum, & ne in poteſtate calũnioſa aduerſarij mei ſit, me hinc indè diſtrahere, *l. 11. ſi idem, §. 1. ff. de iuriſdict. omn. Iud.* Quare nec exceptio incompetentiæ obijci poterit, cuius enim in agendo obſeruat arbitrium, eum habere, & contrà ſe iudicem non dedignetur, *l. 14. cum Papinianus, ibidem Dd. Cod. de ſententiis, & interlocut. Canoniſtæ, in capit. ex literis, extr. de mutuis petition.* generaliter enim dicitur, qui non cogitur, in aliquo loco iudicium pati, ſi ipſe ibi agat, cogatur excipere actiones, *l. qui non, 22. ff. de iudiciis*, & ita notatum in quadam cauſa refert *Rulantus, dict. cap. ſeptimo. numer. decimo ſexto.* & articulos reconuentiales admiſſos, poſt litis conteſtationem, teſtatur *Author praiudic. Camer.* in verbo *reconuentio, fol. 294.* reconuentionem verò in cauſa appellationis receptam; maximè ſi iuriſdictionem Iudicis partes prorogent, videre eſt *in tom. 4. Symph. par. 1. voto 25. numer. 133. cum ſeq.*

28 Quamuis autem † renunciatio in exordio litis propoſita, ſimul cum conuentione tractanda, id tamen ſingularem declarationem recipit, niſi ſuper iniurijs reconuentio inſtituta ſit, iniurias enim procedentes ex aliquo actu, ſuper quo litigatur, non poſſe proſequi, niſi finita lite, iuris non eſt obſcuri, *l ſiquidem, 10. Cod. de iniuriis, l. ſi tibi ſeruitutis, 31. Cod. de liberali cauſa*, ne autem dies actionis exeat, vt loquitur *text. in l. 28, ſed etſi, §. 4. ſed etſi, ff de iudiciis*, vel vt *l. 24. ordinato, ff. de liberali cauſa*, ne actiones tempore, aut morte intereant, conceditur iniuriato litem conteſtando, in tutum eas redigere, & ſuſcipere cogitur iniurias iudicium ad litis conteſtationem, ſed ſuſtinẽdum iudicium, donec de cauſa principali iudicetur, *Text. notabilis in d. l. 24. ordinata, §. 3. ſed ſi quis*, ſiue vt ait *l. Senatus Conſulto 16.* hactenus ius dicendum eſt, vt litem conteſtetur, *ff. de officio præſidis, l. 1. §. ſed excipiuntur, in fine, ff. de feriis &c.*

Vnde

Vndè receptum eſt, in his cauſis, Citationes decerni, & litem conteſtari, *Tom. 4. Symph. par. 1. voto, 47. numer. 26. cum ſeq. Tom. 2. par. 2 vot. 11. nu. 6. Author praeiud. Cam.* in verbo *reconuentio*, ibi *reconuentia denegata &c.* vbi Citationem decretam refert, & vide eundem in verbo iniuria, verſic. *iniuratus in iudicio &c.*

Ex eodem fonte tertio deducitur, nouos articulos dependentes tamē à prioribus, proponere, & ſuper his teſtes producere probationesq; admittere, licere, quia poſt hæc litem demùm conteſtatam, ſoleant expediri, *tot. tit. ext. vt lite non conteſt.* Quæ materia, cum ſatis intricata ſit, operæ pretium me facturum duxi, ſi paulò altius rem repeterem, quod vt tanto faciliùs aſſequi poſſim, inquirendum, qua ratione articuli in cauſa appellationis proponi, & Teſtes ſuper his produci poſſint.

De prioribus † probandis, magnum eſt dubium, vt mox videbimus, & quidem citrà beneficium Reſtitutionis, admittendos *l. per hanc*, 4. verſ. *ſed etſi qua, C. de temp. appell. Ordinat. Cam. Imp. par. 3 tit 33* §. Jm fahl aber/ ibi, oder das jenig/ ſo in voriger inſtantz fürbracht / noch weiter darthun vnnd beweiſen wolt ꝛc. licet diſſentiat *Codex Fabr. lib. 4. tit. 15. defin. 39. nu* 10. *& ſeq.* benignius eſt, ſublato circuitu, appellantem ad probationē admitti, cum id ad accelerationem iudicij conducat, quàm implorato beneficio reſtitutionis in integrum. 29

De articulis nouis dependentibus & ſuborientibus ex prioribus, & facientibus ad cauſam, communiter concluditur, Teſtes eſſe recipiendos, *lex per hanc*, vbi communiter Dd. *Cod. de tempor. appellat. leg* 27, *in offerendis, in fine, leg fin.* §. *in refutatoriis. Cod. hoc titul. cap. fraternitatis*, 17. *cap. cauſam*, 19. *cap. cum veniſſent.*, 25 verſic. *ſi quæ fuerint, ext. de teſtibus, Ordinatio Cam. Imp par. 3. tit 33.* §. Jm fahl aber ꝛc. *&* §. Vnd ſoll in ſolchen ſachen ꝛc. verſic. Doch daß die newen Articul der Clag/ in erſter Inſtantz eingebracht / gemeß / vnd auß demſelben gezogen ſeyen ꝛc. Exemplum extat *in Tom. 1. Symph. par. 1. tit. 6.*

di ſe-

de ſequeſtratione, fol. 441. *voto* 3. V. G. ſi quis contendat, ſe eſſe præferendum, alijs concurrentibus creditoribus, ſuccumbens in iudicio appellationis, poterit nouum articulum, dependentem à priori cauſa; id eſt iure prælationis exhibere, vt puta, ſe antiquiorem hypothecam in fundo litigioſo, item generalem habere, *l. ſi generaliter*, 6. *C. qui potiores in pign.* nam articulus omiſſus, in prima inſtantia, induci & probari poterit, modo præiudicium ſententiæ à qua, appellatum inferat.

30 De ijsdem autem articulis, † inſignis eſt inter Dd. altercatio.

Etenim *Salicetus, Caſtrenſis, in d. l. per hanc, & alij relati. à Petro Gilken in authent. atqui ſemel, nu.* 33. *C. de probation. Marant. par* 6. *hoc tit. de appell. nu.* 162. *& tit. ſi autem Teſtes &c. nu.* 22. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 105. *nu.* 2. conſtituunt, ſuper ijsdem articulis, in cauſa appellationis, productionem nouorum Teſtium non eſſe admittendam, *Rulandus, à Valle, conſilio* 45. *volum.* 2. *num.* 14. vbi hanc magis communem eſſe refert *Canoniſtæ, in capit. fraternitat. ext. de teſtib.* adeò veram putant, vt in vtroq; foro recipienda ſit, *Rulant. de Commiſſ. lib.* 6. *de publicat. & quæ eam ſequuntur cap.* 2. *nu.* 13. vbi ait, conſiderata ſubſequenti ratione, hanc opinionem veram, *Codex Fabr. lib.* 4. *tit.* 15. *definit.* 17. *&* 39. vbi refert, eam in Senatu Sabaudiæ confirmatam & probatam eſſe, adeò, vt nec Tutor, nomine Pupilli, in cauſa appellationis, in eam rem implorare poſſit beneficium reſtitutionis, non enim audiendum pupillum, ſi extrà ordinem, cum alterius iniuria, quid poſtuletur, *l. ſed eum,* 12. *ff. ad S. C. Trebellian.* idq; impetrare metum ſubornationis.

In hoc Interpretum numero, non deſunt quoq; argumenta, quæ hanc ſententiam inſtruant, & quaſi certam reddere videantur, principis enim in cauſam deducitur *authent. atqui ſemel, C. de probation.*

Secundò, mouentur per *Text. in Clemen.* 2. in hanc rem expreſſum *de Teſtibus,* vbi ratio redditur. *Cum non minus in appellationibus, quàm in principali cauſa ſubornatio ſit timenda;* qua ratione

Digitized by Google

tione inquit *Rulantus, d. loco*, cogimur fateri, quod maior ſuſpicio ſubornationis cadat in inſtantia appellationis, quàm in cauſa principali.

Tertio authoritate *Nouellæ,90. de Teſtibus, tit. 2. cap. 4. quia verò, §.1. illud tamen*, maximè verò conſiderata præmiſſa ratione *Iuſtiniani, in d. cap. 4. quia verò*, ſiquidem prohibet, Teſtes recipi, ſuper ijsdem articulis, poſt publicationem, quemadmodum reſponſum eſt *in d. clemen. 2.* Ratio autem *d. Nouellæ*, vt ſi quis dicta Teſtium cognouerit, non habere omnino licentiam vllam, alterius vti Teſtium productione, eſt, ſubornationis periculum, quæ cum in cauſa appellationis æquè locum habeat, conſequens erit, idem Ius probandum eſſe, *iuribus vulgatis.*

Eadem ratione, petitiones Inſtrumentorum, Teſtamentorum &c. ſine die debent fieri, ne quid fraudis prolato ſeu prælato die, contrà inſtrumenta excogitetur, *l. 1. §. 2. editiones, ff. de edendo, l. 2. tabularum, §. diem, 6. ff. teſtamen. quemadm. aperian. &c.* Quibus patet, haberi rationem timoris ſubornationis.

Quartò, receptam eſſe hanc doctrinam vulgarem, ſi quædam inter Leges & Canones, repugnantia deprehendatur, Iure Canonico autem euidenter ſit deciſum, id præferendum, iuxta communiter Interpretes, ad *l. 12 priuilegio, C. de Sacroſanct. Eccleſ.* maximè ſi tractetur de periculo animarum, *gloſſ. in cap. poſſeſſor. de R. I. in 6.* In hac autem ſpecie periculum animæ verſari, in aperto eſt, cum timor ſubornationis ſubſit, & hoc argumentum, quendam Iudicem in medium protuliſſe refert *Raynaldus Corſus, lib. 2. cap. 6.*

Quintò, obliqua via non concedendum, quod alia non permittitur, *l. ſcire oportet, §. 1. ſi mater, ff. de tutorib. datis ab his &c. cap. cum quid vna, de R. I. in 6.* hoc autem fieret, ſi productio teſtium, ſuper ijsdem articulis, in cauſis appellationum admittatur; Ponamus enim, producentem nō audiendum, ſuper ijsdem articulis, poſt didicita teſtificata, in eadem inſtan-

tia, ſi alios teſtes producere velit, ob timorem ſubornationis, quia fortè non teſtificatis additamenta, & eorum depoſitionibus, emendationem deſideret, vt ait *Nouella 90. d. c. quia vero &c.* Sanè ſi producentis Teſtes, ſuper ijsdem articulis, in ſecunda inſtantia admittantur, iam non teſtificatis additamenta, & eorum depoſitionibus emendatio accederet, vnde ſequitur, eum admitti, alia via, ad id ad quod vna via prohibetur contrà, *d. cap. cum quid vna, 84. de R. I. in 6.*

Et accedat hæc conſideratio, ſi, publicatis atteſtationibus producens proponat, quosdam teſtes per errorem omiſſos tamen admittendi non ſint, & ſic denegatam fuiſſe petitionem, in quadam cauſa, refert *Rulant. d. lib. 6 de publicat. &c. d. cap. 2. nu.* 11. Si pars ſuccumbens producendo eoſdem Teſtes, in prima inſtantia non admiſſos, in ſecunda, audiatur, poterit ne negari, rationem *d. cap. cum quid*, & ſimilium circumſcribi?

31 Pro contraria opinione, † pugnant *Baldus, Fulgoſius, Cynus &c. in d. l per hanc, Mynſing. cent.* 1. *obſ.* 41. vbi aliquot præiudicijs hanc opinionem comprobatam eſſe refert, *Raynaldus Corſius d. lib. 2. cap. 6.* vbi ait, ſe ita obtinuiſſe; fundamentum huius ſententiæ eſt, in *l. per hanc, C. de tempor. appellation.* vbi *Baldus, nu.* 23. ait, *d. l. per hanc*, ſupra poſitam quæſtionem ſecundum omnes legiſtas determinare: Et vt refert *Couar. pract. quæſt. cap.* 18. verſ *illud verò ſolet, in fine, Baldum* exiſtimare, *in titul. ſi de inueſtitura, inter dominum &, Vaſallum, lis oriatur,* ſententiam *Canoniſtarum* errorem quendam eſſe.

Secundo, pro confirmatione huius opinionis adfertur, *l. eos, 6. §. 2. ſi quis autem, C. hoc tit.*

Tertio, quotieſcunq; mutatur cauſa, vel Inſtantia, vel Iudex, ſuper ijsdem articulis nouorum teſtium productio admittitur, non obſtante timore ſubornationis, *capit.* 38. *veniens, capit.* 50. *præſentata, extr. de teſtibus, l. final. Cod. eodem.* Certum autem eſt, inſtantiam, aut cauſam appellationis, non quidem ratione cauſæ, ſed ratione iudicij, eſſe diuerſam à prima.

Reli-

Reliqua argumenta vt ducta à ſimilitudine, quæ in corroborationem huius ſententiæ adferri poſſunt, ſtudio omitto.

Hactenus authoritates, & legum præſidia, quibus vtraq; pars munita eſt, recenſuiſſe ſufficiat. Cui aſſentiendum, non facilè fuerit conſtituiſſe, vnde etiam *Roland à Vall. d. conſid.* 45. ait, adeò eſſe dubiã hanc q̃ſtionẽ, vt indigeat deciſione Imperatoria.

Sanè,† ſi *Ordinationem Cam. Imp.* intueamur, *par. 3. tit. 33. §.* Im falſl aber ꝛc. in Terris Imperij, eam deciſam, & vltimam 32
opinionem approbatam eſſe deprehendemus. Litigatoribus enim conceditur, nedum nouos ſed etiam priores articulos probandi, aut ſi quid probationi deerat, ſupplendi poteſtas, quę *nouiſſ. Spir. conuent. Anno* 1600. §. Es ſeind in den ꝛc. *fol. mihi,* 770. confirmata ſunt, vbi communeDecretum, *Anno* 93. promulgatum, quo prima ſentẽtia comprobata erat, annullatur, vt exiſtimat *Gilken in d. authen. atqui ſemel, C. de probat. nu.* 34. Verum, communi Decreto cautum erat, exprimẽdum eſſe, ſigillatim & in ſcriptis, quid noui in grauaminib. ſit, teſte *Denaiſio, cap.* 42. *§. 6 quod ſublatum, d. §.* Es ſeind in den ꝛc. quæ eſt ſententia, *d. §.* Es ſeind ꝛc. Sed ordinatione & ſtylo, ſtari iubetur, quibus receptum, vt ſpecificatio grauaminum non ſit neceſſaria, & facultas, priores articulos probandi, concedatur, & ita in *Cam. Imp.* in cauſis appellationum, productionem Teſtium admitti, comprobat præiudicijs, *Mynſing. d. cent.* 1. *obſ.* 41. *Author præiud. Cam.* in verbo, *Teſtes,* verſ. *Teſtes, quod in priori Inſtantia, fol.* 339. *Tom.* 4. *Symph. par.* 1. *voto* 40. *nu.* 3. 4. 5. *&* 6. *Tom.* 2. *par.* 1. *vot.* 28. *Rulant. d. loc. nu.* 13. vbi refert, hoc, vſum quotidianum, & ſtylum *Cam. Imp.* obſeruare.

Quæ autem opinio,† in illis ditionibus, Imperio non ſub- 33
iectis, admittenda, conſtituo vltimam ſententiam, nedum Dd. authoritate, ſed etiam veritatis luce, & æquitatis pondere, longo interuallo, primam præcedere, & propterea etiam præferendam: Exiſtimo, *inquam*, communi opinioni rationem conſtare, videlicet, alios teſtes, in cauſa appellationis, ſuper ijsdem articulis, audiendos eſſe, hanc enim

eſſe communem, teſtatur *Curtius Iunior, in l. admonendi, nu. 35. ff. de iur. iuran.* & in iudicando non eſſe recedendum, *gloſſ. in authent. atqui ſemel, C. de probat.* in verbo, *productione*, ait, non ſolum ita iuris eſſe, ſed etiam ita ſeruari in foro ſeculari, ſi quis plures authoritates in hanc rem congeſtas, habere cupiat, conſuli poterit *Raynaldus Corſius, d. lib. 2. cap. 6. tit. Apud forum Cæſaris, in cauſis appellationum, induci poſſe Teſtes, ſuper iiſdem articulis.*

Hanc autem communem opinionem ratione & æquitate ſubnixam, colligi poteſt ex eo; Quid enim ſi in cauſa appellationis producantur Teſtes, de quibus non conſtabat, aut per abſentiam, vel conditionem eorum produci non potuerint, in prima inſtantia; Quid ſi producantur teſtes ita honeſtæ & inculpatæ vitæ, vt neque lucri, neque gratiæ, neque amicitiæ cauſa, in teſtes producti eſſe videantur? Quid ſi cauſa ſit magni momenti, iura partium, & merita cauſæ non plenè in primo iudicio deducta ſint? Denique, quid ſi producens, confidens de teſtibus, exiſtimauerit, ex eorum depoſitione, cauſam ſuam tueri poſſe, plures non produxerit, aut illud opus eſſe non putauerit, deindè ſuccumbens, per ſententiam videat, teſtes productos alia ratione apud Iudicē depoſuiſſe, quam apud ipſum aſſeruerint; alienum ſanè ab æquitate eſſe putamus, ſi productionem nouorum teſtium, ſuper iiſdem articulis, in cauſis appellationis, ob timorem ſubornationis, reſpuamus.

Occurret aliquis, ſi Teſtes producere neglexerit, aut intentionem ſuam non probauerit, aut probantem iudex non curauerit, de ſe ipſo, aut de iudice queri debere; ſed non ita eſt, ſi enim teſtibus, quibus illo tempore aliqua ex cauſa, vti non potuimus, poſſimus probare intentionem, admittimur ad probandum, *Tex elegans, in l. argentarius,* 10. §. 3. *cum autem, ff. de edendo*: maximè, cum in iure, probationis facultas non coanguſtāda, ſed amplianda ſit, vt veritas magis eluceat, *l. quoniam, in fin.* 21. *C. de hæreticis, l. generaliter,* 12. *C. de rebus creditis, l. curent,* 22. *ff. de teſtibus, l. in lege* 40. *ff. ad Legem Aquiliam.*

Nec

Nec mouere nos debet periculum ſubornationis, nam mutatio iudicij, Iudicis, aliud impetrat, cum enim in cauſis appellationum Iudices maioris authoritatis, iudicij, & ingenij, interuenire ſoleant, facilè animaduertent, in quibus teſtibus ſit periculum ſubornationis, in quibus minimè, ex fide perſonarum, quanta adhibenda ſit fides teſtibus, conſtituet, *l.3. teſtium per totam, ff. de teſtibus, & arg. l. diui, ff. de liberali cauſa, l. fin. §. vlt. ff. de obligat. & actionib.*

Quod ſi quis inſtet, hæc etiam locum habere in prima inſtantia, neq; periculum ſubornationis attendendum, cum iudex ex perſonis, cauſiſque æſtimabit, quatenus fides illorum dictis accommodanda ſit, neque conſideretur ſubornatio reſpectu iudicis, nec eiuſdem ratio aut perſona conſideranda, ſed teſtium interuenientium, quæ ſi admittantur, repugnabit *d. Nouell 90. cap. 4. §. illud.*

Huic occurrendum, vltra ſuprà dictas rationes etiam hanc in conſilium adhibendam eſſe, quod in cauſis appellationum mutetur inſtantia, mutetur iudex, *l. 20. cum apud. iuncta l. 3. ſi quis, ff. iudicatum ſolui, §. ſin autem, verſ. ſi vero aliquis &c. in fin. Inſtitut. de ſatisdat.* & ob iudicis excellentiam ſuperioris, tolli præſumptionem ſubornationis teſtium, in cauſis appellationum, ſi enim periculum ſubornationis attendere velimus, nũquàm teſtes, ſuper ijsdem articulis, in altero iudicio, produci poſſent, quod falſum eſt, vt infrà videbimus, hancque præſumptionem ſubornationis, non eſſe perpetuam, ſed aliquot recipere declarationes.

Quibus fundamẽtis iactis, † reliquum eſſe videtur, vt illa legum, & rationum præſidia, quæ primam ſententiam fulcire videantur, ordine diluamus, quod itaq; ad *authenticam atqui ſemel* attinet, reſpondetur, eidem locum eſſe, ſi cauſa apud idẽ Tribunal exerceatur, non autem quando cauſa eſt diuerſa, non quidem ratione rei, ſed iudicij, & inſtantiæ intuitu, *Clemen. 2. de Teſtibus*, reijcimus in forum Eccleſiaſticum, quoniam in foro ſeculari ſecunda, in foro Eccleſiaſtico, prima opinio obtinet, 34

neq; rationem *d. clemen.* in cauſis appellationum conſiderari conſtat.

35 Pro reſolutione, † *Nouellæ* 90. *c.* 4. verſ. *illud*, ſciendum eſt, *d.*§.*illud* pertinere ad declarationem *d.c.*4. Cum enim Imperator conceſſiſſet, binam, trinã, imò & quartam productionẽ teſtium cum ſolennitate tamen legali, vt vocant, *in d.* §. *illud*, declarando adiecit, vt ſi ſemel, aut bis quis Teſtes produxerit, & eorum teſtificata didicerit, non habere omninò licentiam vllam vlterius, vti teſtium productione, id eſt, neq; tertia, neque quarta productio, nè quidem cum ſolennitate legali, admittenda ſit, & quamuis generaliter loquatur, tamen cum Imperator quid in cauſis appellationum, in hac quæſtione obtinere voluerit, expreſſerit *in d.l. per hanc*, huic ſpeciali beneficio appellationis non derogatur, per generalem aliquam diſpoſitionem, maximè cum in dicta generali diſpoſitione *Nouellæ* 90. *de teſtib.* nullam mentionem fecerit, de cauſis appellationum, vnde ſpecialem conſtitutionem *d.l. per hanc*, intactam reliquiſſe intelligitur.

Secundo, ad *d.* §. *illud* reſponderi poteſt, cum dubium ſit an de ſecunda inſtantia is intelligi debeat, in dubijs autem legum interpretationibus recurrendum ſit ad conſuetudinem, *l. ſi de interpretatione*, *ff. de legib.* & conſuetudine receptam ſecundam opinionem, profitetur *gloſſ. in d. authen. atqui ſemel*, *C. de probationib.*

36 Dubitationi non erit locus, † nec quidquã facit rationem *d.* § *illud*, etiam militare in cauſa appellationũ, videlicet timorem ſubornationis, ſi enim huius in genere, ratio habẽda eſſet, nuſquã ijdem vel alij Teſtes, ſuper ijſdem articulis, ꝑduci poſſent, quod falſum eſt, nam teſtes in ſummario iudicio ꝑducti, item in cõpromiſſario, rectè in plenario rurſum, & ordinario iudicio, recipi poſſunt, *cap. veniens, ext. de Teſtib. cap præſentata*, 50 *ext. eod. vbiq; Canoniſtæ*, *l fin. C. eod.* prout plures declarationes ſeu limitationes ad *d. Nouellam* 90. *de Teſtib.* adferuntur *à Doctorib. ad Authen. atqui ſemel*, *C. de probation.*

Quod

Digitized by Google

Quod ſi quis vrgeat, ſpeciale eſſe, in *d. l fin. & in d. cap. præſentata*, 50 vti videre eſt, ex *Commentar. Interpret. ad d.l. fin.* item, rationem eſſe diuerſam, in *d. cap. veniens*, 38. videlicet, quod videtur prior productio antè litem conteſtatam, ex neceſſitate facta potius nimis præpropere & feſtinanter, executionis morandæ cauſa, quàm iure legitimo, ſecundum *Cuiac. in d. cap. veniens*, 38

Hanc autem rationem, in primo iudicio non habere locum, vti patet conſideranti, vbi omnia legitimo more iudiciorum expediuntur, hæc, *inquam* non mouent, quia ſemper illa generalis ratio, (ſi attendi deberet) periculum ſubornationis ſubeſt. Vnde colligitur, eam quandoq; non conſiderari, & excludi ab alijs circumſtantijs, quæ maximè in cauſis appellationum interuenire ſolent, vti ſuprà dictum eſt.

His accedat iudicem appellationis iuſta ſuadente cauſa, poſſe repetere Teſtes, ſuper eodem articulos, repetito tamen iuramento, & alios teſtes produci poſſe, per beneficium reſtitutionis in integrum, vti multis authoritat. probat *Gilken. in dict. Authent. qui ſemel, Cod. de probation. numer. trigeſimo ſexto* vbi ex mente aliorum hanc communem refert, & appellantem conquerentem de negligentia examinantis, videlicet priores Teſtes non diligenter fuiſſe excuſſos, repellendum non eſſe, ſi petat, ad maiorem veritatis indaginem, vt ex officio iudex denuò teſtes examinet. *Ferrarius Montanus, de appellationibus, lib. 3. cap. 6.* videatur *& Codex Fabrianus, lib. 4. tit. 15. defin. 2. 5. 32. & 62.*

Nitenti quarto argumẽto, † obijciẽda eſt alia in iure receptã ſententia; ſi quædã inter Leges & Canones contẽtio, aut repugnantia deprehẽdatur, eiuſdẽq; componendæ, nulla ratio ſit, quodlibet ius in ſuo foro ſeruandũ eſſe, per notata, *in cap. poſſeſſor, de R. I. in 6.* Nec refert, diſpoſitionem ciuilem præbere materiam peccati, ideoq; Iuri Canon. obtemperandum, *gl. in d. c poſſeſſor*, & ibidem communiter *Canoniſtæ*, quia ſi quod hoc caſu periculũ ſit animæ, non conſiderandũ, eò ꝙ non ſit prin- 37

cipale,

cipale,& admiſſa huiuſmodi argumentatione,quæcunq; cauſa ad Tribunal Eccleſiaſticum, traduci cum fori noſtri iniuria poſſet.

Quinto argumento occurrendum, aliter eſſe præſumendum, tàm de litigantibus,quam de Teſtibus,qui non facilè videntur cum diſcrimine æternæ ſalutis, in gratiam alicuius depoſituri, *l. vlt. Sancimus*, *C. ad Legem Iuliam repetundarum &c.* Et argumentum vice verſa ita conſtitui poteſt: Ponamus denuò, producentis Teſtes, ita probatæ vitæ eſſe, vt fides expugnari non poſſit, & ſi illis vti potuiſſet, ſe illo iudicio, quo victus eſt, vincere potuiſſe, annè in ſecunda inſtantia, petitio producentis iniqua videtur? Imò, & hos, in eadem inſtantia, etiam didicitis teſtificatis, audiendos eſſe, multis authorit. comprobat *Gilken. in d. Authen. at qui ſemel &c. nu. 57.*

38 Porrò,† vt in tuto fundamentum huius opinionis, *in d. l per hanc*, collocemus, quibuſdam obiectionibus ſatisfaciendum erit.

Reſpondetur enim primo, *d. l. per hanc, & l. eos, §. 1. & 2. C. hoc tit.* accipiendas eſſe de articulis, qui priorum appendices ſunt, qui à prioribus agitatis, primo iudicio, originem ducũt, in ſumma, in articulis nouis, qui à prioribus dependent, & facere in hanc rem *l. 52. C. Theodoſiano, de appellat.* vti refert, *Cuiacius, in cap. fraternit. 17. ext. de Teſtib.* Accedat hæc conſideratio, cum de prioribus aſſertionibus res plana ſit, maior autem dubitandi cauſa fuerit, an etiam nouæ Aſſertiones, dependentes à prioribus, admittendæ?

Cauſa dubitandi eſſe poterat, cum hæ nouæ aſſertiones in prius iudicium deductæ non ſint, videbatur, nec in ſequenti iudicio eſſe recipiendas, quia iudex appellationis, niſi de rebus & cauſis, in prima inſtantia deductis, cognoſcere non poſſit.

Conſtituit itaque Imperator, vt poſthabita hac ratione etiam nouæ, quæ in prius iudicium deductæ non ſunt, modo dependeant à prioribus, admittantur à Iudicibus appellationum, & hæc videtur eſſe interpretatio *ad d. l. per hanc.*

Secun-

Digitized by Google

Secundo, *Canones & leges* ad concordiam reuocandas eſſe, *cap.cum expediat,29.de Electionibus in 6.* nullam autem abſurditatem hanc interpretationem & concordiam conſecuturam, ſi dicamus, *d. l. per hanc*, iuxta *cap. 17. fraternitatis, ext. de Teſtib.* intelligendam, maximè, cum verba, *d. l. per hanc*, eam interpretationem apertè præſeferre videantur.

Aut deniquè, inſtari poteſt, illa verba (nouis etiam aſſertionibus) exaudienda de ijs, quæ fiunt per inſtrumenta, in quibus ceſſet periculum ſubornationis, maximè; cum *in d. l. per hanc*, nihil de repetitione Teſtium tractetur, & ita ſalua manebit ratio, *d. Nouellæ 90. de Teſtib. &c.*

Verum, quamuis hæc ſpeciem aliquam habere videantur, non tamen excutient nos, decurſu ſuſceptæ defenſionis; licet enim *in d.l.per hanc*, mentio fiat nouarum aſſertionum, tamen etiam de prioribus intelligi debet, cum dictio, *etiam* implicet, & neceſſariò, priora complectatur.

Deindè, cum Imperatoris ratio expreſſa, *in verbis*, id quoq; eos admittere, quo exercitatis iam negotijs, pleniore ſubueniatur veritatis lumine, *iuncta ratione l. eos, §. ſi quid 1. & §. 2. ſi quis autem &c. C. hoc tit.* Etiam prioribus aſſertionibus conueniat, abſurdum erit, ad ſolas nouas aſſertiones eam reſtringere.

Qua autem ratione verba *d. l. per hanc*, (nouis etiam aſſertionibus) inſtrumenta complecti debeant, cum ea res in diuinationis vitium incidat non magnoperè inſiſto, vel poterit reſponderi, quemadmodum *ad d. Nouellam 90. de Teſtib. cap. 4. §. illud*, vbi de interpretatione alicuius legis diſceptatur, confugiendum eſſe ad conſuetudinem.

Summa igitur noſtræ diſceptationis eò redit, vt ſtatuamus, in cauſis appellationum, ſuper ijſdem articulis, ſeu capitulis productionem aliorum teſtium, etiam nouorum, non obſtãte illa generali præſumptione ſubornationis, improbandam non eſſe, iudicem autem ſuperiorem, pro ingenij ſui luce, æſtimaturum, cuius dignitatis, æſtimationis &c. nouiter producti

Digitized by Google

ſint, *l.* 3. §. 1. 2. *l.* 21. *ob carmen*, §. *vlt. ff. de Teſtib. cum ſimilib.* vt non modò qui dicant pro teſtimonio, ſed etiam quibus verbis vtantur, elaboraturum, vt ait *Cicero pro Fontio*, & effrenatum numerum Teſtium productorum, ad ſufficientiam coarctaturum, *l.* 1. §. *vlt. ff. de Teſtib. cap.* 36. *ſignificauerunt*, *capit. cum cauſam*, 37. *extr. eodem*, de hac re eleganter *Briſſonius. lib.* 2. *Selectarum antiquitat. Menochius*, *lib.* 2. *de arbitr. iudic. centur.* 3. *caſu*, 249.

39 Deniquè, † quamuis in confirmationem huius & confutationem alterius opinionis, alia adferri poſſent, tamen defeſſus iam labore, atque itinere diſputationis noſtræ requieſcam, in apertiſſima *Cameræ Imper. Ratisbonæ* conſtituta *Anno* 1507. *tit.* Wie die Termin zuhalten ꝛc. *fol. mihi* 80. *deciſione*, in hæc verba, Vnnd ſoll der Beclagt/ eben acht: vnd warnemmen/ ſo er will geben Articul/ die da den Articuln deß Clägers zuwider ſeind/ das er dieſelben gebe/ ehe vnnd zuuor er erlernet hat/ der Zeugen Sag/ dann darnach wird Er nicht zugelaſſen/ dieſelbe zubeweiſen/ durch die Zeugen: *capit. fraternitatis de Teſtibus.* Das ſoll man verſtehen in einer Inſtantz/ aber in der andern Inſtantz/ wird er zugelaſſen/ von Käyſerlichen Rechten/ *leg. per hanc*, *Cod. de temporib. appellat.* Vnnd wird ſolches auch in dieſem Cammergericht gehalten.

Quarto, ex eo quod appellationis cauſa eo rem deducat, in quo erat cauſa principalis litis conteſtatæ tempore, infertur, libellum appellationis emendari, vel mutari poſt litem conteſtatam non poſſe.

40 Pro † cuius materiæ exactiori cognitione ſciendum, intricatiſſimam eſſe quæſtionem, an & quatenus libellus emendari aut mutari, in priori iudicio poſſit, quæ vt tanto dilucidius apparere poſſit, tractandum conſtitui, quid in primo iudicio obtineat, vt ſciri poſſit, quid in ſequenti iudicio probandum ſit.

In prima quæſtione, variæ opiniones deprehenduntur, vti videre

videre eſt apud *Menochium, libr. 2. de arbitr. iudic. cent. 2. caſu 176.*

Etenim ſunt, qui putant, libellum vſq; ad ſententiam † de- 41
finitiuam, in eodem iudicio, corrigi, aut mutari poſſe.

Mouentur primo authoritate, §. 35. *ſin minus, cum §. ſeq. Inſtit de action. l. 4. in delictis, §. fin. ſi detracta, ff. de noxalibus actiōn. in verbis*, Donec autem prius iudicium agitatur, licentia agendi eſt, ſi eum de ſcientia domini arguendi pœniteat, tum ad noxalem cauſam, tranſire &c. & ibi, in ipſo autem iudicio, ſi voluerit, & ſcientiam domini arguerit, non eſt prohibendus.

Secundo in conſiderationem adducitur *l. cum fundum, 18. §. fin. eum qui ff. de vi, & vi armata.* iuncta *l. 12. naturaliter, §. nihil. 1. ff. de acquir. poſſeſſ.* vbi cauetur, pendente, eodem iudicio, alia actione experiri quem poſſe, vnde huius opinionis authorum collectio eſt, ergo etiam poſt litem conteſtatam. Mutatio actionis concedenda, cum hæc verba (iudicio pendente) non niſi poſt litem conteſtatam intelligantur, *l. 25. qui ſe obtulit, ff. de rei vindic. l. 31. cum fundus, §. idem ſciendum, ff. de Ædilitio Edictò, l. amplius, 15. ff. rem ratam haberi*, quæ durat vſque ad ſententiam.

Tertio mouentur *arg. l. 3 edita, C. de edendo*, vbi licentia datur, mutandi libellum, vel eum corrigendi, nulla facta mentione certi temporis.

Deniq́ue, *l. ſi hæreditatem, 4. iuncta l. 41. ſi quo, ff. de petit. hæred.*

Alij autem, † proconciliatione propoſitæ difficultatis, 42
conſtituunt referre, an quæratur de emendatione, vel mutatione, vt emendationi locus ſit, vſq́ue ad ſententiam, mutationi verò, tantùm vſq́ue ad litis conteſtationem, & hoc probari putant, *l. non poteſt, 23. ff. de iudiciis*; vbi ſtatuitur, non venire in iudicium id, quod poſt iudicium acceptum accidit, quare conſequens erit, poſt litem conteſtatam,

non poſſe mutari libellum, ſed nouo iudicio agendum.

Secundo adducunt in conſiderationem, *l. edita, 3. C de edendo,* vbi dicitur, libellum poſſe mutari, vel emendari, pro vt perpetui dicti monet authoritas; hoc autem Edictum accipiendum eſſe, vt liceat actori tantum prædicto modo libellum emendare, aut mutare: & ita communiter Dd. ſentire videntur, *Zaſius, §. ſin minus, Inſtit de Action. VVeſenbec. in paratit. de edendo. numer.* 8. vbi ait, hanc eſſe communem concluſionem.

Tertio probant ex *l. ſed etſi, 52. ff. de iudiciis.*

Quarto ſi libellus poſt litem conteſtatam mutaretur, pronunciaretur ſuper eo, de quo acceptum iudicium non eſt, id eſt lis conteſtata, quod committendum non eſt, vltra enim, id, quod in iudicium deductum eſt, excedere poteſtas Iudicis non poteſt, vt ait *I. C. in l. 18. vt fundus. ff. communi diuidundo.*

Huc accedat, quod iudicio accepto, reus deliberare nō poſſit, an cedere velit, quæ eſt argumentatio *Iaſonis*, ſiue vt *Decius* inſtat, *in d. l. edita*, à quaſi contractu, qui fit per litis conteſtationem, *l. 3. licet tamen, §. 1. idem ſcribit, ff. de peculio*, recedendum non eſt. Vnde conſequens, mutationi locum non eſſe.

Quinto, adferri poteſt *l. libellorum, 3. §. quod ſi libelli 1. ff. de accuſat.* Si *inquit*, libelli inſcriptionum legitime ordinati non ſint, rei nomen aboletur, & ex integro repetendi reum, poteſtas fiet, *id eſt*, nouo iudicio, noua interpellatione opus eſt, quę neceſſaria non eſſet, ſi eodem iudicio mutatio fieri poſſet.

Denique, *l. denunciaſſe, 17. §. 3. quid tamen, ff. de adulteriis.*

Et hæc de mutatione.

Emendationi autem eſſe locum, vsque ad ſententiam probare contendunt, ex *§. ſi quis aliud, Inſtitutis de actionibus.*

Secundo, quod emendare, nihil aliud ſit, quam in aliqua re, aliquid mendæ, vitij ſeu erroris corrigere, quo correcto, nec actio-

actionem,nec cauſam agendi mutari,remanente re,in qua error erat.

Et hanc opinionem præiudicijs confirmatam, colligere eſt ex *Authore præiudic. Cam.* in verbo *libellus*, verſic. *libelli emendatio,fol.* 178. vbi refert,in quadam cauſa,libelli emendationem, poſt litem conteſtatam, ſi nondum ſit iuratum de calumnia, permiſſam fuiſſe, & mutationi libellorum, poſt litem conteſtatam, non eſſe locum, refertur *Tom.* 2. *Symph. par.* 2. *vot.* 50. *nu.* 8.

Tertia deniq́ue ſententia eſt,† emendationi ſeu mutationi, 43
locum eſſe, ante litis conteſtationem, poſt acceptum autem iudicium, eam improbari, *Baldus, Fulgoſius, Alciatus,ad d. l.edita, C de edendo,* ibidem *Gilken. nu.* 7. *&* 8. vbi *d. l. edita,* in probationem huius opinionis flectere conatur, *Gail, lib.* 1. *obſeru.* 74. *nu.* 4. *Greg. Tholoſanus, lib.* 48. *Syntag. iur. cap.* 5. *nu.* 9. *cum ſeq.*

Pro confirmatione † huius opinionis, cui tanquam com- 44
muni, & melioribus fundamentis ſubnixæ, ſubſcribendum puto.

Sciendũ itaq;,†antiquitus ita comparatũ fuiſſe,ſi quis inten- 45
dere aliquam actionem voluiſſet, hoc non omnibus diebus, ſed certis quibusdam, qui & faſti dies appellabantur, permiſſum fuiſſe, vnde *Ouidius*,

Faſtus erit, per quem; lege licebat agi.

Et hi, à quibus petebantur dies, erant Pontifices minores, nam & actiones, & dies, apud Collegium Pontificum erant, *l.* 2. *§.* 6. *deindè,* verſ. *omnium ff. de orig. iur.*

Et hæ actiones, certis formulis adſtrictæ, verborumq́; cancellis circumſcriptæ erant, atque adeò, vt qui formulæ genere erraſſet, cauſa cadebat, litem perdebat,& cadere formula dicebatur, qui non, vt oportuit, actionem inſtituit. Latè *Briſſonius de verbor. ſignific. libr.* 3. *in princ. Cicero, libr. ſecundo de Inuentio.*

Ita Ius Ciuile habemus conſtitutum, vt cauſa cadat is, qui non, vt quemadmodum oportet egerit, & ſi vna ſyllaba deeſſet, vel addita eſſet, cadebat cauſa, *l. 1. C. de formul. & impetration. &c.*

Similiter, ſi quis non impetraſſet actiones, ſed actor ipſe ſcripſiſſet, obſtabat exceptio non impetratæ actionis, *l. 2. Cod. eod. tit.*

In eadem cauſa erat, qui ſua intentione plus complectebatur, vt cauſa caderet, extat in hanc rem *lex duodecim tabular.* ſi quis lege agendo plus petierit, cauſa cadito, *l.* 39. ibidem *Balduinus, ad l. Romuli,* de hoc periculo *Iuſtinianus, in §. ſi quis agens. Inſtitut. de action. Paulus, libr.* 1. *ſentent. titul.* 10. *&* 14. *libr. 2. titul. 5. §. compenſatio, & lib. tertio. titul. vltim. §. quotiens.*

Quod ad originem huius iuris attinet, diſſentiunt inter ſe Balduinus, *in §. hæc exempli*, in verbo, *rem amittebat, Inſtitut. de exception. Cuiacius, Giphanius, in dict. §. ſi quis agens.*

46 Verum, quidquid ſit, † ſicut in genere actionis errantibus, periculum iacturæ litis imminebat, ita & plus petentibus, & ideo ob hanc cauſam, actionis ſibi genus, edi reus poſtulalabat, *l. prima. ff. de edendo,* quò pertinet *l. ſecund. C. Hermogenian. de calumniatorib.* Quoties *inquit,* ordinarijs actionibus aliquid petitur, ideo petitor cogitur ſpecialiter, litis genus edere, nè plus debito, aut eo, quod competit, poſtuletur &c. impetrata itaq; formula, & edita aduerſario, ſi is animaduertebat, quid immutatum eſſe, actor cadebat cauſa, nec ſyllaba quidem mutari, nec detrahi formulæ quidquam poterat, quas iuris formulas aucupatione ſyllabarum inſidiantes actionibus ſuſtulit *Conſtantinus in l. prima.* ſicuti & impetrationem olim actionum vſitatam, *Theodoſ. & Valentin. in l. ſecunda. C. de formul. & impetr.* Similiter hoc ſummum aſperum & rigoroſum ius de plus petitionibus ſublatum, de quo in *§. ſed hæc quidem, Inſtitut. de actionib. §. hodiè, Inſtitut. de exception. & titul.*

tul. Cod. de plus petition. Huius verò noui iuris ſunt *Imperatores Zeno & Iuſtinianus*, qui ſecuti humanitatem *Claudij Cæſaris*, quem ait *Suetonius* ſæpe reſtituiſſe actiones ijs, qui plus petendo exciderant iure agendi, conſtituunt in hanc rem conſtitutiones, de quibus vide *Cuiacium*, *libr. duodecimo. obſeruat. capit.* 21.

Cæterum, poſtquam actor ediderat actionem; hoc eſt fecerat formulæ copiam, ſuper qua erat diſceptandum, non licebat formulam emendare, quod ius Prætor correxit Edicto compoſito, quo licebat actionem emednare, quod Edictum, vt *Alciatus in dict. l. edita. tertia. numer quarto. & alij* putant, *à Saluio Iuliano*, ordinatum, & ibidem certos caſus, in quibus emendatio, vel mutatio conceſſi; aut contrà prohibita eſſet, fuiſſe relatos, ſiue vt *Duarenus*, *ad titul. de edendo*, exiſtimant, poſtquam in aciem ventum erat, actorem aliquid emendare, vel mutare potuiſſe, modo id factum eſſet, citrà captionem aduerſarij, idque totum ius dicentis arbitrio commiſſum fuiſſe, poſt formulam verò à Prætore datam & litem conteſtatam, nihil immutandum, niſi adito Prætore, à quo data erat formula.

Hæc de iure antiquo, quod omnino adferendum erat, pro cognitione huius materiæ, ſi plura deſideras, vide *Briſſonium*, *de formul. Roman. Imperat fol. mihi*, 385. ibi, *actionis genus &c. Vaconium à Vacuna, libr.* 6. *declarat. declarat.* 87. *cum ſequen. Gregorium Tholoſanum*, *libr.* 21. *Synt. iur. capit.* 8. *numer.* 2. *cum ſeq.* Et Modernos Interpretes, *ad leg. edita*, *Cod. de edendo*, Cum autem hodiè vt dictum eſt, ſublatæ ſint formulæ, & tantum certa & limitata ratione, mutatio & emendatio permiſſa eſſet, cumq; magiſtratus ipſi cognoſcere cœperint, generaliter permiſſa eſſe videtur, videlicet vſq; ad litem conteſtatam, & ita exaudiunt *dict. l. edita*, nulla facta differentia, emendationis, vel mutationis, cum *dict. l.* editam actionem, id eſt, libello comprehenſam actionem, emendare, vel mutare permittat.

Verum,

47 Verum, † clarioris doctrinæ gratia de emendatione primo videbimus quam vſq; ad litem conteſtatam fieri poſſe, communiter concluditur, quia edita actio futuram litem demonſtrat, *l.1. C. de litis conteſt.* nondum enim quis dicitur agere, ſed agere velle, *l.amplius,15. ff. rem ratam haberi*, ne quis obligetur ꝓpriè inſtãtiæ, vt ab ea diſcedere nõ poſſit, *l. 15. qui obtulit, ff. de rei vindic.* neq; etiã lis eſt, antequã conteſtetur, ſed cõtrouerſia, *l 25 ſed etſi, § ſi antè, 7. ff. de hæred. petit.* Nec mouet, emẽdantem audiendum non eſſe, cum in poteſtate eius ſit, quãdo velit experiri, & rem debeat diligenter explorare, & tunc ad agendũ procedere, *l 42. qui in alterius, ff. de reg. iur. l. purè, 5. §. fin. non ſicut ff. de doli mali & metus except.* ideoq; nouo iudicio opus eſſe, quia ſi quid detrimenti reus ſentiat, idq́ue actor refundat, quæri non poterit reus, *l. eum quem temerè, 79. ff. de iudiciis*, refundendæ ſunt expenſæ reo, ſi quas ſuſtinuit, cum huiusmodi mutatio in alterius iniuriam retundare non debeat, *l. nemo 75. ff de regul. iur. cap. mutare, eod. in 6.* item noua dilatio concedenda, ſi non ſatis inſtructus ſit, *cap. literæ, 3. extr. de dilat.* & hic eſt ſenſus verborum *in d. l. edita*, vel Ius dicentis permittit æquitas, vti communiter *Dd. ad d.l. edita* exponunt; Quamuis quidam exiſtiment, ius dicentis æquitatem eò pertinere, ne reus in damno ſit, quæ ratio generalis eſt, ſi itaq; nulla iniuria, ſeu damnum interueniat iure improbari emendatio non poterit, cum etiam iuris indubitati ſit, admitti mutationem, maximè ſine iniuria alterius, *l. 11. de ætate, §. vlt. Celſus, ff. de interrog. l. 12 ſi verò, §. penult. ſi mandauero, ff. mandati.*

48 Poſt litis verò conteſtationem, † emendationem eſſe impermiſſam, conſtituunt *Iaſon, Caſtrenſis, Alciatus, in d l. edita*, & hanc eſſe communem opinionem pronunciat *Aretinus, in d. §. ſin minus, Inſtit. de Actionib.* Legib. autem, quibus mouentur, non puto multum attribuendum; nam *d. l. non poteſt, 23 ff de iudiciis*, in alium caſum concepta eſt, cuius legis commodum exemplum, adferri poteſt, ex *l. Antæus, 14. §. vlt. ff. de aqua pluuia arcen.* cum enim tantùm lis conteſtetur, de eo,

quod

quod factum eſt, ſanè damnum datum aut factum, poſt litem conteſtatum, ſeu acceptum iudicium, in id deductum, dici non poteſt, ideoq; nouo iudicio, noua interpellatione opus erit, quæ eſt ſententia *d. l. non poteſt. l. ſed etſi, 52. ff. eod. tit.* minimè etiam hanc communem concluſionem probabit, loquitur, enim de quadam declinatoria exceptione fori, cui lite conteſtata præcluditur via, huius exceptionis opponendæ, *l. nemo, 4. C. de iurisdict. omn. iud. &c.* Subſtituendæ igitur ſunt aliæ Leges, & putarem hoc onus ſuſtinere poſſe, *dict. l. Edita, iuncta l. 1. C. de litis conteſt.* Cum enim editio futuræ litis ſpeciem demonſtret, & nondum cœptum ſit iudicium, ideoq; emendatio admittenda videatur, conſequens eſt, eam reſpuendam, lite conteſtata, cum ea litis, iudicij, initium ſit, cœptum iudicium, & quaſi contractus inſtitutus; *d. l. 3. §. idem ſcribit, ff. de peculio*, ideoq; ab eo recedendum non erit, quod argumentum non eſt infrequens in iure.

Accedat, quod ferretur ſententia ſuper his, quæ in iudicium ſeu litem conteſtatam, non veniſſent.

Et quamuis his rationibus reſpondere conetur *Vaconius à Vacuna, lib. 6 declarat. declarat. 89. nu. 5.* verſ. *ex ſuprà dictis, &c.* Tamen non mouent, vt patebit accuratius conſideranti.

Communis autem † ſupra dicta opinio, procedit, ſi emendatio fieret circa ſubſtantialia actionis, aut rem petitam, de quib. copiosè *Dd. ad d. l. edita*, ſecus ſi non mutaretur emendatione, rei ſubſtantia, vel actio, per adiectam aliquam qualitatem, cuius rei elegans exemplum ſuppeditat, *d. l. in delictis 4. §. ſi detracta. fin. ff. de Noxalib. action.*

Pro cuius §. accurata explicatione, ſciendum eſt, noxales actiones non eſſe proprias, id eſt directas, ſed acceſſorias, ſeu aduentitias, quasdam qualitates ad principales appoſitas, puta, Actio Aquiliæ eſt directa, quæ fit noxalis, ſi ſeruus vulneret, vel occidat; hinc dicitur actio noxalis furti, iniuriæ, noxalis aquiliæ, *l. ſi in re, 19. ff. de noxalib. &c. l. cum ſeruus, 16. ff. ad exhibendum*, ſi itaque ſeruus vulneret, tenetur dominus, & quidem in ſoli-

 dum

dum,ſi ſciente domino, *l. 44 in l. aquilia,§. 1. ff. ad l. aquiliam,* ſi inſciente deditione ipſius corporis euitabit litis æſtimationem, *l. 1. & 2. ff. & C. de noxalib. action.*

Hinc quæritur, *in d. §. ſi detracta*, ſi quis cum domino ſerui, quaſi conſcio egerit, poſtea autem animaduertens, non eſſe conſcium delicti dominum, an poſſit addere, actioni principali intentatæ hæc verba; (cum deditione noxæ) vel quæſtio vice verſa poni poterit, & deciditur, in ipſo iudicio ſi voluerit, & ad noxalem cauſam tranſire, ſeu ſcientiam domini arguere, non ſit prohibendus, quia hæc qualitas adiecta, cum deditione noxæ &c. principali actioni inſtitutæ, videlicet legi Aquiliæ, eam nõ immutat, nec enim actio noxalis eſt per ſe ſubſiſtẽs actio, iudicium ſolius noxæ deditionis nullum eſt, *l. 6. miles, §. decem, 1. ff. de re iudic.* ſed eſt qualitas, quæ detrahi & addi actioni poteſt.

50 Hinc † etiam vſu receptum, vt additionales articuli poſt litis conteſtationem admittantur, *Ordinat. Cam. Imp. par. 3. tit.* 14. idem iudicium eſt, vt poſt litem conteſtatam, ſi quæ obſcuriora ſint, declarari poſſint: Caſus & exemplum, *in c. 3. literæ, ext. de dilat.* cum enim propoſitum fuiſſet, ceſſatum in ſolutione penſionum per triennium, & vltra, & peteretur expoſitio illius adiectionis, *& vltra*, reſponſum per ſeptennium, ideóque pars aduerſa, quaſi inſtituta noua actione deſideraret, ſibi dari longiores inducias ad deliberandum, ijſque denegatis, appellaretur ad Summũm Pontificem, qui huius rei nomine, interpoſitam appellationem rectè iniuſtam, & moratoriam pronunciauit, quia declaratio illa actionis primitus inſtitutæ, non ſit mutatio, qui quid obſcurius petit, vel ſcribit, idque poſtulante aduerſario, explanet, non nunc petit, vel ſcribit, ſed petitum iam, vel ſcriptum ſignificat, *l. hæredes, 25. §. ſi quid, primo ff. de teſtamen. vbi dicitur*, qui quod obſcurius ſcripſit in Teſtamento, poſt ſolennia Teſtamenti explanat, non nunc dat, ſed datum ſignificat, ſi itaque non mutetur cauſa agendi, emendatio articulorum libelli etiam poſt litis con-

conteſtationem admittitur, declarando obſcura, addendo, detrahendo, vel reſecando ſuperflua, *Tom. quarto. Symph. parte prima. voto 49. num.* 10. *cum ſequen.* vt puta, ſi res petita non ſit deſignata, de qua re *in l.* 3. *C. de annali except. cap.* 3. *Abbate, §. ſecus, circa medium, de re iud. in 6. cap. vlt. & penult. ext. de libelli oblatione.*

Similiter,† emendationi locus eſt poſt litem conteſtatam, ſi aliud pro alio petitum ſit, §. *ſi quis aliud &c.* 36. *inſtitut. de action.* Et in hunc caſum *d.* §. conceptum eſſe, eodem loci intelligunt *Iaſon, Zaſius, Mynſing. num.* 29. errorem enim vſque ad concluſionem corrigi poſſe, conſtat ex *l. error,* 7. *Cod. de iuris & facti ignorantia.* Si tamen interpoſita hac erroris correctione lis protelerur, retardati Iudicij ſumptus corrigentem agnoſcere, debere vt ſupra dictum, ne quis autem impingat, ſciat, non quemuis errorem ſufficere, ſed talem eſſe oportere, qui leuiſſima culpa careat, eamq; probandam eſſe, argumento, *l. poſt diuiſionem,* 4. *C. de iur. & facti ignóran.* ſecundum Interpretes *ad d. l. Edita.*

Quæ hactenus de emendatione in medium attulimus,† ea 52
ad mutationem transferenda ſunt, vt vſque ad litem conteſtatam, non autem poſt, permittatur. Dd. communiter *in d. l. edita,* non obſtante adiecta ſolita clauſula, ſaluo iure mutandi, addendi &c. *Bartholus, Baldus, Salicetus, Gilken in dict. l. edita. numer.* 37. *cum ſequen.* Mutationem verò conſtituunt, ſi actione veteri mutata, alia proponatur, non puto tamen, inter hos ſolum terminos mutationem conſiſtere, ſi enim res petita, perſona, aut petendi cauſa, mutetur mutatio erit dicenda, *text. elegans in c.* 3. *Abbate,* ibi *præfatus igitur Cardinalis, de re iud. in 6.*

Declaratur tamen primo, mutationi non eſſe locum, ſi electione, vnius actionis, altera perimatur, *l.* 9. *quod in hærede,* §. 1. *eligere, ff. de Tributoria actione.*

Hinc conſtituitur, in cauſis, in quibus ſummatim agi poteſt, iuxta *Clementin. ſæpè, de verborum ſignificatione.* Si quis ſummarium libellum exhibeat, non poſſe, mutato conſilio,

 articu-

articulatum libellum proferre, per allegata *à Petro Gilken. d. l. edita, poſt nu.* 138.

His correſpondent edita *in nouiſſ. Spirenſi conuentione Anno* 1600. §. Es ſoll auch/wann einmal *&c. fol. mihi*, 769. *Tom.* 2. *Symph. par.* 2. *tit. quæſt. dubiar. fol. mihi*, 193. *nu.* 53. vt ſummario libello producto, non poſſe quem ex poſt facto etiam antè litis conteſtationem, articulatum libellum offerre.

Secundo, declaratur, non habere locum in actione ineptè inſtituta, ſeu libello inepto, *Bartholus, & Dd. ad d.l. edita*, V. G. ſi actio inſtituta non competat, exemplum *in lege habebat.* 13. *ff. de inſtitoria actione, l.* 1. *ff. ſi menſor falſum &c. cap. examinata*, 15. *ext. de iudiciis*: Exiſtimarem tamen, officio iudicis incumbere, vt reum abſoluat, ab obſeruatione iudicij, ſaluo iure, aptius agendi, nam etſi inepta actio fruſtra inſtituatur, *l. fideiuſſor*, 32. *ff. de negotiis geſtis*, non tamen conſumit aptam, & negotio conuenientem actionem, *l. cum indebitum*, 57. §. *Creditor*, 1. *ff. de condictione indebiti, Clemen. vlt. de appell. Text. notabilis in l. Bæbius*, 30. *ff. de pactis dotal. ibi.* Itaque placuit, eum ab ea petitione abſolui: nulla, ex hac ſententia, facta derogatione, fideicommiſſi petitioni, quàm iure hæreditario per filiam hæres
53 vxoris Maryllus, in parte dimidij habebat, id eſt, † cum Maryllus totam dotem à filio hærede ſoceri, fratre ſcilicet mulieris ex vi pactorum dotalium, in ſtipulatum deductorum petere non poſſit, poſſe tamen maritum, ex perſona filiæ ſuæ, quæ matri hæres ex parte dimidia extiterat, dimidiam partem dotis, per fideicommiſſum, mulieri relictæ petere, quam ſcil. mater decedens, in filiam tranſmiſerat, quæ filia iuſſu Patris, adeundo maternam hæreditatem, vnà cum fideicommiſſo, Patri, iure, patriæ poteſtatis acquiſierat.

His ita ſubductis, reliquum eſt, vt argumentis, pro prima opinione adductis, ſatisfaciamus. Quibus partim ſufficienter reſponſum, ex ſuprà dictis colligere eſt.

54 Ad §. ſi minus &c. quod attinet, † non admittenda videtur ſolutio *Fachinei, lib.* 11. *controu. cap.* 92. *in fin.* & 95. *in fin.* intelli-

telligendum eum §. de noua petitione,vel potius de cumulatione, nam ſi noua petitione opus ſit,ſuper hac nulla facta eſt litis conteſtatio,igitur ea repetenda,quare non erit idem iudicium, ſed aliud.

Secundo,altum ſilentium de cumulatione,cum nec ex verbis, nec ex mente Iuſtiniani,quidquàm de ea colligi poſſit,nec ibidem (iudicium) accipiendum pro loco, in quo ius redditur, nam quamuis iudicium ita accipi conſtet, *cap. quanto, ext. de iudiciis, l. 9. ſi ſine, §. ſi defenſor; 4. ff. de interrog.* cum verba repugnent.

Quare dicendum videtur, ſi quis intentione ſua minus complexus fuerit, quam debebatur, iudicem poſſe in eodem iudicio,id eſt poſt litis conteſtationem, cum propriè iudicium à litis conteſtatione incipiat, *l. 15. amplius, ff. rem ratam haberi, cap. forus, de verbor. ſignificat.* aduerſarium nihilominus in reliquum, ex eadem conſtitutione Zenonis condemnare,idq; ſine vlla emendatione libelli, vt eundem §. intelligit *Gilken. d. l. edita, nu. 108. cum ſeq.*

Pro reſolutione, † *l. cum fundum, §. fin. ff. de vi, & vi armata &c.* dicendum, agentem rei vindicatione, poſſe mutato conſilio, & pendente iudicio expediri, idq; ita in interdictis comparatum eſſe, *l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquir. poſſeſſ. cap. paſtoralis, ext. de cauſa poſſeſſ. & propriet. cap. ſignificauerunt. ext. de teſtib.* 55

Nec obſtat, ſi obijciatur, via quam elegiſti, tibi pateat, *l. ſi mulier, 21. §. fin. ff. quod metus cauſa &c.*

Deindè, ſibi imputet quod I. C. conſilium, *in l. 24. is qui deſtinauit, ff. de rei vindic.* ſecutus non fuerit.

Tertio *authen. qui ſemel C. quomodo & quando iudex &c.* non, *inquam*, hæc mouent. Quid enim ſi quis agat rei vindicatione, ac ſi non poſſideret, cur non licebit, iure ſuo melius cognito, tantiſper dilato iudicio, interdicto aliquo experiri, *Cumanus, Ferretus, ad dict. §. nihil commune &c. Cuiacius, libr. 7. obſeruat. cap. 38.*

57 Nec quidquam † facit ad propoſitum *d. authen. qui ſemel*, videlicet inſtitutam actionem, quem proſequi debere, aliud enim eſt, deſiſtere, id eſt liti renunciare, *l. deſtitiſſe*, 10. *ff. de iudiciis*, aliud verò cognito errore, vel ponderata probandi difficultate, quæ in vna actione verſatur, non item in altera, vti patet in petitorio, *l. cum res* 12. *Cod. de probation.* ſi conferatur cum poſſeſſorio, *d. l. qui deſtinauit*, 24. *ff. de rei vindic.* ad aliam tranſire, qui enim petitorium differt, dum poſſeſſorium examinatur, non deſiſtit, non renunciat liti, ſed magis iuri ſuo conſulere videtur, propter commodum poſſeſſionis, §. *commodum. Inſtitutis, de interdictis.*

Ad *l. 4. iunct. l. 41. ſi quo, ff. de petit. hæred.* Procliuis expe-
57 diendæ difficultatis erit ratio, † ſi animaduertamus, id naturam motæ actionis conciliare, cum in petitione hæreditatis, à parte actoris, hoc potiſſimum in conſiderationem veniat, an ipſe hæres ſit, à parte autem rei poſſeſſor, an non, ſi actor declaretur hæres à iudice, quo ad vnam rem, eo ipſo, cenſetur hæres, quo ad alias res, eiusdem naturæ & generis, eodem iure, ab aduerſario poſſeſſas, hinc etiam fit, vt ſi actio cœpta ſit, cum eo, qui reuera eo tempore nihil hereditarium poſſideret, durante tamen iudicio, res hæreditaria ad eum peruenirent, eas reſtituere teneatur, per ſententiam, ex eodem iudicio latam, *l. decima octaua, item videndum*, §. *primo. ff. de petit. hæred.*

Hæc eadem ratio rectè conſiderata efficit, vt reſtituenda ſit actori, non tantum illa res hæreditaria, de qua in ſpecie, & nominatim lis conteſtata fuit, verumetiam illa, quæ poſt litis conteſtationem ab aduerſario poſſideri cœpta eſt, quia etiam in iudicium deducta cenſetur ab initio, cum ſit idem ius, eademq; cauſa, omnium rerum hæreditariarum, eodem modo & iure, ab aduerſario poſſeſſarum, fitque illa adiudicatio, non propter petitionem vlteriorem, ab actore, poſt litem conteſtatam inſtitutam, ſed propter naturam actionis motæ.

His

His ita enucleatis, manet firma & recepta ſententia, emendari vel mutari in primo iudicio, ante iudicium acceptũ, ſeu litem conteſtatam poſſe libellum, poſtea, talem mutationem, vel emendationem improbari, certis tamen quibusdam additis declarationibus, de quibus ſuprà, & Dd. recitatis locis.

Nunc quid obtineat, in cauſa appellationum, ſeu ſecunda inſtantia, inquirendum.

Communiter concluditur, † in iudicio appellationum, 58
ne quidem ante litem conteſtatam, emendationi locum eſſe, *Alciatus, Iaſon, Gilken. & alij, in dict. l. edita, nu.32.* quæ opinio procedit in libello primæ inſtantiæ porrecto, libellus enim Appellatorius emendari poterit, modò non transformet ea, quæ in primo libello comprehenſa ſunt, quia, vt infrà latius videbimus, appellatio naturam litis non mutat, & qualis eſt libellus, in cauſa principali talis exhibendus in cauſa appellationis, & noui articuli dependentes à veteribus, & facientes ad cauſam admittuntur, *l. per hanc, de qua re ſuprà, C. de tempor. appell. Rulant. de Commiſſ. par. 3. lib. 1. de articulis, cap. 7. num. 10.* vbi hoc exemplo Camerali illuſtrat.

Quinto, † ſecundum hæc, quæ diximus, appellationem 59
reponere cauſam, in eum ſtatum, quo erat tempore litis conteſtationis, infertur, poſſe aduerſus Teſtes, quorum publicatio facta eſt in prima inſtantia, quem exceptiones proponere in ſecunda, alioſque defectus obijcere, ad illorum teſtimonium elidendum, ita ſenſit *gloſſ.* † *in cap. 1 in verbo, per ſententiam, ext.* 60
de exception. cui ſubſcripſère, *Panorm. Felin. & alij ibidem.*

Sunt tamẽ, † qui contrariũ ſtatuãt, videlicet, in appellationis 61
cauſa, reprobationes Teſtium, in prima Inſtãtia omiſſas, non eſſe admittendas, ex eo quod ideo concedatur publicatio, vt ſuper Teſtium dictis diſputetur, vt ait Summus Pont. *in c.15 in cauſis, ext. de Teſtib.* quarè ſi quid omiſſum, ipſi imputandum ſit, maximè data tacitè vel expreſsè dilatione, ad reprobationem Teſtium, quarè cum intrà dilationem ſibi datam

non

non obiecerit, contra Teſtes, admittendus non videtur, cum finita dilatione ſit excluſus prior.

62 Prior tamen opinio † ſumma æquitate ſubnixa eſt, quid enim, ſi pars, contrà Teſtes, in prima inſtantia, nihil ſciuerit, & demum, in ſecunda cognouerit, ipſos ſubornatos fuiſſe, *argu. l. 17. §. 6. quæritur in fin. ff. de adulteriis.* aut obiter obiectæ fuerint exceptiones, non autem probatæ, his, & alijs circumſtantijs, & ratione *legis, per hanc*, ponderata, *C. de tempor. appellat.* benignius videtur, obijcientem contrà dicta Teſtium, in iudicio appellationis, repellendum non eſſe, videatur *Couar. pract. quæſt. cap. 18. nu. 5.*

63 Quintus effectus † appellationis eſt, vt ea interpoſita, omnibus aperiatur via, quibus grauamen illatum eſt, ita vt non opus ſit alia appellatione, *Arg. l. cum vnus, 12. ff. de rebus authorit. iud. poſſid. l. cum apud veteres, Cod. eodem, l. quod autem 6. §. ſciendum, 7. ff. quæ in fraudem Creditor. l. is cui, 5. §. ſi plures, 2. ff. vt in poſſeſſ. legator. &c.*

64 Hinc tertius appellare pro ſuo intereſſe, † & alterius appellationi adhærere poterit, etiamſi non appellauerit, & eiuſdem interpoſitam appellationem proſequi, licet victus tranſegerit, vel à lite receſſerit, *l. ab executore, 4. §. 2. alio, cum ſeq. l. à ſententia, §. 3. ſed etſi, cum ſeq ff. hoc titul.* quia non debet alterutrius colluſione, pacto, aut inertia, alteri ius corrumpi, *l. ſi pariter, 9. ff. de liberali cauſa*, de qua re ſuprà *cap.* 2. dictum eſt. An autem teſtes addere poſſit illis, qui à principali adducti ſint, videatur *Couarr. pract. quæſt. cap. 13. Gail, lib. 1. obſ. 71. num. 15. Rulant. de Commiſſ. lib. 5 de proceſſ. poſt tradition. cap. 9.*

Ex his ſequitur, tertium citari poſſe, licet in prima inſtantia non fuerit, vt in cauſa appellationis ius ſuum dedicat, vt puta. Creditores in primo iudicio omiſſi, in ſequenti citari poterunt, prout à ſententia, contrà ipſos lata, appellare, & aliorum appellationi adhærere poſſent. *Author praiud. Camer.* in verbo, *appellatio in genere, fol. 18.* verſic. *appellatio regulariter &c.* & in verbo, *appellationis deſertio &c. fol. 39.* verſ. *appellatio deuoluit regulari-*

regulariter &c. vbi aliquot præiudicijs hoc comprobat, ſic & fideiuſſorem reo principali etiam reiecto, pro ſuo intereſſe, appellantem auditum fuiſſe, in quadam cauſa refert *Rulantus, de Commiſſ. par. 3. lib. 8. de proceſſ. iud. interrog. cap. 13. nu. 26.* verſic. *ſi non dominus &c.*

Appellatione † itaque interpoſita, omnibus via, & nedum appellanti, ſed etiam appellato, aperitur, appellanti quidem, vt etiamſi certam cauſam appellandi dixerit, liceat ei, diſcedere ab hac, & aliam allegare, quibuscunquè modis poterit, proſequi prouocationem ſuam, facilitas ei ſit, in agendo, etiam aliam cauſam prouocationis reddere, *Text. notabilis, in l. 3. ſcio, quæſitum, §. fin. quid ergò, ff. hoc tit. l. eos 6. §. 1. ſi quid, l. 37. in offerendis in fin. l. 39. ampliorem, §. 1. C. hoc tit. c. 46. conſtitutis, ext. hoc tit.* & noua capita ſeu nouæ aſſertiones dependentes à deductis, in primo iudicio, admittantur, *l. per hanc, C. de temp. appell. cap. fraternitatis, 17. ext. de teſtibus, Ordin. Cam. Imp. Auguſtæ* conſtituta *Anno* 1500. *fol. mihi,* 54. verſ. Nachmals ſoll dem andern ꝛc. *Ordinat. Cam. Imp. par. 3. tit. 33. §.* Im fall aber ꝛc. *cum ſeq.* adeò vt etiam ſuppletorium iuſiurandum petendi deferri poſſit, in cauſa appellationis. *Codex Fabr. lib. 4. tit. 1. definit. 27.* 65

Et hoc eſt, † quod dicitur in foro, appellationem iuſtificari poſſe, ex nouis cauſis, ſeu probationibus, ſeu vt alij loquuntur, non probata probari, & non deducta deduci poſſe, *ex d. l. per hanc,* quod eò producitur, vt in iudicio appellationis, reiecta in priori repeti poſſint, modo cauſæ principali præiudicent, & grauamen reuocari, licet ab eo non fuerit prouocatum, ſecundum diſtinctionem *cap. vlt. hoc tit. in 6. & clemen fin. eod.* 66

Quod declaratur, † non procedere primo, niſi à tali grauamine, appellatio non fuerit admiſſa, hoc enim per appellationem à definitiua, reparari non poterit, *Mynſing. cent. 2. obſ. 49.* quod ibidem memoriæ commendandum refert, idem iudicium eſt, ſi commodè in prima inſtantia deduci & probari, ſed id prætermiſſum differendæ & protrahendæ litis gratia, vt ap- 67

pellans audiendus non ſit, *Tex. elegans in d. l. per hanc, 4. in verbis*; Probationes tamen illo quidem defuerint tempore &c. *Lancelottus, de attentatis. par. 3. cap. 17. nu. 5. Rulantus, de Commiſſ. lib. 2. in puncto Commiſſio: cap. 3. in fin.* vbi refert, in quadam cauſa ita notatum fuiſſe.

68 Tertio declaratur,† vt appellatio ex alijs cauſis iuſtificari poſſit, pcedat, in appellationibus, à ſententia definitiua, vel interlocutoria vim definitiuæ habente, communiter *Dd. in d. l. per hanc, C. de temp. appell. Marant. par 6 hoc tit. nu. 159. & 170. Ordinat. Cam. Imp. conſtit Ratisbonæ Anno 1507. fol. 78.* verſ. Item ſo zc. *Ord Cam. Imp. par. 3 tit. 33* §. Vnd ſoll in ſolchen ſachen zc.

Excipiuntur tamen primo, appellationes, Von den Außträg / *Ordin. Cam. Imp. par. 2. tit. 6.*

Secundo, cauſæ ſpoliorum, *Ordin. d. par. 2. tit.* 8. §. Wo aber der Beclagt.

Tertiò, cauſæ moderationum, vt deciſum *Comitiis Imp. Anno 66.* §. Damit aber die jenige zc *fol. mihi, 572.* ibi, Daß der ſo ſich beſchwerdt befind / ſeine eingebrachte grauamina, ſampt darauff erfolgter Erfündigung / an denen orten / da die wiederumb durch moderatorn eines jedn Kreyß beſchloſſen hinderlegt / fordere dieſelbige an vnſerm Kayſerlichen Cammergericht / ſampt ſeiner ſummariſchen petition / (doch ohn einig newer beſchwerden einführung / vber die / ſo zuuor den moderatorib. fürbracht /) gerichtlich einbringe zc. & ratio eodem loci redditur in fine, Dann ſo der Appellant in fürbringung ſeiner grauaminum, vnd darauff angeſtelter Erfündigung etwas erlaſt / verſaumpt / oder vberſehen / ſolches hat er jhme ſelbſt zuzumeſſen.

69 Extra hos caſus,† appellatio à definitiua, aut interlocutoria, habente vim definitiuæ, ex nouis probationibus iuſtificari poteſt, *d. l. ſcio 3. §. fin. ff. hoc tit.* cum ſimilib. ſuperius adductis. Nec improbatur, ſi vna cauſa appellandi probabilis doceatur, *l. appellanti, 13. § primo. ff. hoc titul* modò ſuper repetita & deducta, in cauſa principali, producantur, & tendant ad victoriam

riam cauſæ deuolutæ, *Rulantus de Commiſſariis, part. 3. libr. 8. de proceſſ. iudic. interrog. numer.* 52. verſicul. *ſi agatur*, vbi hoc præiudicijs confirmat, nam vt ſæpius decantatum, iudex appellationis non habet iurisdictionem, niſi circa agitata in prima inſtantia, *Mindanus, libr. tertio. de continentia cauſæ, capit. vndecimo. numer.* 42 *&* 55. nec etiam in ſecundam inſtantiam, plus deductum cenſetur, quàm in prima petitum, ex cauſæ tamen continentia, res de qua in primo iudicio nihil dictum, in cauſam appellationis trahi poteſt, vt exemplo id illuſtrat *Mindanus, dict. libr. tertio. cap. tertio. numer.* 27. aliàs ſuper noua re allegata ſeu producta non recipiuntur, *Ordinat. Camer. Imper. Ratisbonæ* conſtit. *Anno* 1507. *fol mihi*, 79 verſ. So etwas newes ꝛc. *&* *Ordin. Cam. Imp. par. 3. tit. 33.* §. Vnd ſoll in ſolchen Sachen ꝛc. *in fin.* ſicuti nec alia actio: Appellatio enim † naturam litis non mutat, & quæ in prima inſtantia inſtituta fuit, ea attendenda in appellationis inſtantia, *Rulant. de Commiſſar. par. 3. lib. 9 de remed conſeruand. rer. acquiſit. cap. 16. num.* 5. vbi hoc in quadam cauſa obſeruatum refert. 70

Ex his, † quod iudex appellationis non cognoſcat, niſi de eo, de quo cognouit iudex principalis, *Maran. hoc tit. num* 163. *tom.* 4. *Symph. par.* 1. *voto*, 25. *nu.* 76. *cum ſeq* *&* *voto* 46. *nu.* 7. *cum ſeq.* nec ſe interponere debeat, niſi de his, de quibus ad eum per appellationem iurisdictio fuerit deuoluta. 71

Deducitur primo, appellatione ab expenſis tantum interpoſita, iudicem appellationis nihil in negotio principali conſtituere poſſe, cum is de eo duntaxat, ſuper quo aditus ſit, pronunciet, *Codex Fabr. lib. 7. tit. 27. defin.* 45.

Secundo, † vt ſi quis non ſecutus conſilium *I. C. Caij, in l. qui deſtinauit*, 24. *ff. de rei vindicat.* inſtituerit rei vindicat: cum aliquo interdicto poſſit experiri, victus in cauſa proprietatis, apud iudicem appellationis, non poſſit ſuſpenſo petitorio poſſeſſorium intentare, cum per appellationem deuoluatur, ſolum inſtantia iam inchoata, nec iudex appellationis de his, quæ citrà cauſam appellationis porrigun- 72

tur, non cognoſcat, vt infrà latius de officio iudicis videbimus.

Deniq́ue, adduci poterit *Clement. vnica, de cauſa poſſeßionis, & proprietatis*, vbi conſequens eſſe videtur, in alijs contrarium obſeruandum, cum id procedat in odium ſpoliantis.

Et quamuis rationes quædam vrgere videantur, quia in primo iudicio, etiam lite conteſtata, ſuſpenſo petitorio, poſſeſſorium proponi poſſit, *l. cum fundum, §. fin. ff. de vi, & vi armata, l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquir. poſſeſſ. cap. paſtoralis, 5. ext. de cauſa poſſeßionis, ſeu proprietatis*, Appellatio autem reducat cauſam ad tempus litis conteſtatæ, vt ſuprà dictum eſt.

Secundo, per appellationem, concluſionem in primo iudicio factam, cenſeri ſuſpenſam, nec eam obſtare in cauſa appellationis, ideoq́; ſuſpenſionem petitorij fieri poſſe, ita *Lancelottus, de attentat. cap. 23. nu. 52. cum ſeq.*

Tertio, quod eadem ratio militet in iudicio appellationis, quæ in primo.

Deniq́ue, quod iudex appellationis ſuccedat iudici primo, vt omnia, quæ primo iudici facienda incumbant, ipſe poſſit, ac debeat, *arg. cap. cum Ioannes, ext. de fidei inſtrum.* Quamuis, *inquam*, his rationibus ſuaderi videatur, appellantem dilato petitorio, interdicto aliquo poſſe experiri, tamen rectè ponderata non idem conſequentur, id enim conciliat natura appellationis, vt dictum eſt. Si tamen poſſeſſorium in cauſa appellationis ventiletur, etiam ibidem petitorium tractari poſſe, refert *Author præiud. Cam.* in verbo, *actionum cumulatio, in princip. fol. 6.* vbi in hanc rem præiudicium adfert.

Et hæc de appellationibus à definitiua, vel ab interlocutoria definitiuæ vim habente, quatenus ex prioribus, vel nouis cauſis iuſtificari poſſint.

73. Sin autem quæſtio ſit † de interlocutoria ſimplici appellabili tamen de iure, tunc ex ijſdem actis iuſtificanda, ſeu ſi certam appellandi cauſam quis dixerit, hac forma obſtrictus erit,

vt

Digitized by Google

vt aliam allegare non poſſit, *Clemen. appellanti, hoc titul.* quod comprobat *Ordin. Cam. Imp. Ratisbonæ* conſtituta *Anno* 1507. *fol. mihi*, 78. §. Vnd merck ꝛc. *Ordinat. Cam. Imp. par.* 2. *tit.* 29. §. 2. Wo aber ꝛc. ibi, angeſehen / daß dieſelben auß andern Vrſachen / nicht mag gerechtfertiget werden / *Nouiß. Spiren. conuent. Anno* 1600. §. Nach dem mal in vnſerer ꝛc. *fol. mihi*, 769. quò fit, vt libellandi facultas hoc caſu non concedatur, ſed ſolummòdò inſtrumenti, vel ſchedula appellationis repetitio, *Ordin. Cam. Imp. par.* 3. *tit.* 31. §. Vnd ſo fern von einer ꝛc. & expreſsè *d.* §. Nachdem mal ꝛc. Procuratoribus interdicitur, ne terminum ad libellandum petant, vel petitum admittant.

Porrò, quæ de iuſtificatione cauſarum, in appellationibus, ab interlocutoria ſimplici appellabili tamen dicta ſunt, recipiunt aliquas declarationes.

Prima eſt, † vt quidem probationes ex alia cauſa proferri nõ 74
poſſint, ſed rectè nouæ probationes ſuper antiqua cauſa concedantur, ita *Marant. par. 6. hoc tit. nu.* 164. vbi *Cynum, gloſſ.* in hanc rem allegat; idque memoriæ commendandum eſſe deprædicat, itaque non nouos articulos, ſed ſuper prioribus articulis, nouas probationes recipi poſſe, quod diſplicet *Bendero, de reuiſionib. concl.* 16. *num.* 17 *&* 20. Et facit *Ordinat. & nouiß. Spiren. conuent.* recitatis locis, ſi tamen facultas antea probandi præcepta, aut non admiſſa eſſet, vel de nouo ſuperueniſſent, nihilque imputari poſſit, cur in primum iudicium deductæ non ſint, etiam ex nouis probationibus, interlocutoriam iuſtificari poſſe, tradit *Benderus d. loc. nu.* 20. *Grauaeus ad Gail, concl.* 128. *conſid.* 1.

Secunda declaratio eſt, † ſecundum *Marant. d. loc. nu.* 169. 75
niſi interlocutoria contineat damnum irreparabile.

Pro cuius confirmatione ponderari poteſt, *L. antè*, 2. *ff. de appell. recip. iuncta l.* 3. *ſcio*, §. *vlt. ff. hoc titul.* cum enim de Iure Ciuili ab interlocutoria appellari non poſſit, niſi tale grauamen contineat, quod per appellationem à definitiua reparari

non poſſit, iuxta communem & receptam Dd. opinionem, & *d.* §. *vlt* apertè caueatur, appellanti facilitatem eſſe, in agendo, etiam aliam cauſam appellationis reddere, abſurdum videtur, ſi definitionem *d.* §. *vlt.* ad ſolas definitiuas ſententias reſtringere velimus, quæ tamen declaratio impugnari videtur, non quidem ea ratione, quod inanis eſſet Dd. diſtinctio, inter definitiuas & interlocutorias ſententias, manet enim quo ad interpoſitionem appellationis, ſed quod ex recepta communi Interpretũ ſententia, in appellatione permiſſa, ab interlocutoria, ex alijs cauſis, grauamen regulariter iuſtificari non poſſit, *Canoniſtæ, in cap. vt debitus, ext. cap. cordi, Clemen. appellanti, hoc tit. de appell. quod Ordinat. Camer. Imp. confirmatur, par.* 2. *tit.* 28. §. *fin. iuncto tit.* 29. §. 4. Wo aber ꝛc. *Et Ordinat. Anno* 1507. §. Vnd merck ꝛc *fol.* 708. Dañ nichts newes mag eingebracht werden/noch zum vnderricht/noch zu befeſtigung deß Handels ꝛc. nam paſſim ſtatuitur, in appellationibus recipiendis ius Cæſareum ſeruandum, quo, niſi contineant grauamen irreparabile, recipi vetantur, *&* *d.* §. 4. expreſsè cauetur his caſibus eas iuſtificandas eſſe ex cauſis expreſſis in appellatione.

76 Sequens hæc tertia declaratio † ſubſiſtere videtur, vt interpoſita appellatione, ab interlocutoria, etiam non expreſſum in appellatione adferri poſſit, ſi id quandocunque explicari aut offerri potuerit, v. g. ſatiſdatio in priori iudicio omiſſa, in cauſis appellationum offerri poterit, ad hoc, vt nunciatio noui operis remittatur, ita in Senatu Sabaudiæ definitum refert *Codex Fabr. lib.* 8. *tit.* 5. *defin.* 1.

77 Quid ſentiendum ſit, † in appellationibus, à grauamine, an aliæ cauſæ deduci poſſint, dubitationis eſt, nam *Rulant. par.* 3. *lib.* 8. *cap.* 13, *nu.* 46. verſ. ſi non, an poſtea &c. refert, aliam etiam non deductam attendi, vbi id præiudicio confirmat, *&* *Author præiud. Cam.* in verbo, *appellatio extraiudicialis, fol.* 23. ex noua cauſa iuſtificari poſſe.

In contrarium vrget *d. Clement. appellanti, Ordinat. Cam. Imp. par.* 2. *tit.* 29. §. Wo aber von anderen Interlocutorien vnd Beſchwerungen ꝛc.

Suprà

Suprà dictum eſt, appellationem interpoſitam reſoluere ſententiam, & omnibus viam aperire, quibus grauamen illatum ſit.

Hinc ſi obijciatur Creditori,† in cauſa appellationis audiendum non eſſe, quia ius ſuum ab illo in primo iudicio deductum non ſit, nihilominus tamen coràm iudice appellationis deduci poterit, ita in terminis tradit *Aſinius, in Tract. de execution. §. 7. cap* 88. nec non tertium appellantem, & appellatum vti poſſe beneficio appellationis. 78

De ſuperioribus cum dictum ſit, de Appellato, quatenus ius ſuum deducere poſſit, inquiramus.

Et quamuis † appellatum petentem reformationem ſententię audiendum non eſſe ex eo, videatur, quod acquieuerit ſententiæ, *l. fin. C. de ſenten. quæ ſine certa, quantitate &c.* 79

Contrarium tamen refert decidiſſe *Rotam Guido Papæ, de appell. nu.* 79. & communi calculo receptum interpoſitam appellationem prodeſſe appellato, *authorit. l. ampliorem* 39. *Cod. hoc tit. l. per hanc C. de temp. appell.* adeò, vt actori liceat nouum capitulum adferre, ita & reo permittatur, nouis exceptionibus vti, modò ad elidendam actionem in primo iudicio motam, conducant, ſiue ſuperueniant, appellatione pendente, ſiue etiam allegatæ, ſed non probatæ ſint.

Vnde,† licet ſecundum quorundam opinionem ab omiſſa expenſarũ condẽnatione prouocari non poſſit, poterit tamen victi appellationi adhærere, & eius occaſione implorare iudicẽ appellationis, vt ratione expenſarum priorem ſententiam reformet, & etiã non interpoſita appellatione, ab appellato, ipſũ reformationẽ ſententiæ petere poſſe, refert *Gail; lib.* 1. *obſ.* 122. *nu* 3. & confirmat præiudicio *Notator ad Ord. Cam. Imp fol* 449. 80

Quare Iudex † appellationis poſtulãte appellato, poterit pronunciare de vſuris, etiam in primo iudicio petitis, de quibus tamen prior iudex, nihil pronunciauit, nec admittenda exceptio rei iudicatæ, quaſi petitio vſurarum petitarum, priori iudicio remiſſa, videatur, *Codex Fabrianus, lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 6. 81

&. lib.

& lib. 4. tit. 33. defin. 4. Ratio eſt, quia appellatio eſt communis vtrique parti, *d. l. ampliorem, Mynſing. cent. 2. obſ.* 21. *Gail, lib. 1. d. obſ. 122. nu. 3.*

Quod eò producitur, etiamſi appellatio ex parte appellantis pro deſerta habeatur, nihilominus tamen appellatum pro ſuo intereſſe intrà fatalia proſequi poſſe appellationem.

82 Deciſum † *Comitiis Imp. Anno 94. habitis*, §. Wann auch wol ꝛc. *fol. mihi* 724. quia appellatio commune beneficium ſit, *l. 3. §. vlt. ff. rem ratam haberi, d.* §. Wann auch wol ꝛc. & commune partibus eſſe dicitur, *Comitiis Imper. Anno 66 habitis*, §. Hieneben iſt ꝛc. *fol. mihi*, 569.

83 Orta autem contentione, † aut controuerſia, inter appellantem & appellatum, ratione redemptionis actorum, refert *Mynſing. cent.* 1. *obſer.* 21. deciſum fuiſſe, appellatum pro dimidia parte teneri ad refuſionem expenſarum appellãti, quod recepit *Concilium Tridentin. Seſſion.* 24. *cap.* 20. *circa finem, dicto* §. *vero*, Hieneben iſt ꝛc. definitum, vt inter partes tranſactione non ſubſecuta, huius rei nomine, arbitrio iudicis negotium committatur.

84 His ita ponderatis † amplectenda non videntur tradita ab *Authore praeiud. Cam.* in verbo *appellatio in genere*, verſic. *appellatio quatenus communis, fol.* 18 vt in interponenda appellatione proteſtetur, ſe tantum eatenus appellare, quatenus contra ſe ſit ſententia, ne etiam ea pars reuocetur, in qua abſolutus eſt, V. G. quo ad ſortem condemnatus, quo ad vſuras abſolutus, *iuxta l. cum in vna* 17. *ff. hoc titul.* vt appellatione interpoſita quo ad ſortem principalem proteſtetur, &c. Quibus reſpondent allegata *à Guido Papae, hoc tit. de appell. nu.* 79. vt ſi à tota cauſa appellatum ſit, proteſtetur ſe tantum appellare à capitulis contrà ſe facientibus.

Item, appellationem interpoſitam indiſtinctè & generaliter, à ſententia plura capitula continente, aduerſario prodeſſe, nec neceſsè, appellationem pro parte ſua ſeparatim introducere, aliud autem obtinere, ſi appellans in ipſo appellationis actu decla-

Digitized by Google

declaret, à quo ſententiæ capite appellet, non poſſe aduerſarium pro alijs eiusdem ſententiæ capitibus, eadem niti appellatione, ſed appellare expreſſim debere; quia quo ad ea, ſententiam tranſiſſe in rem iudicatam, ideoq; de ijs non amplius diſputandum.

Deniq́ue, quod aduerſarij mei appellatio mihi non poſſit prodeſſe, niſi quatenus appellatum ſit, cum nec aduerſario ipſi, qui appellauit, aliter prodeſſe poſſit, *Codex Fabr. lib. 7. titul. 26. defin.* 20. vbi ita Senatum Sabaudiæ definiuiſſe refert, hæc inquam ſimpliciter non ſubſiſtere, ſed certa conſideratione expendienda videntur, ſi itaque ſententia lata ſit iuxta, *l. cum in vna,* 17. *ff. h. t.* ex parte appellantis duplex appellatio neceſſaria erit, ne alteram agnouiſſe, de altera prouocaſſe, intelligatur, ex parte verò appellati, videtur etiam appellatio neceſſaria, maximè ſi ſeparatim lata ſit ſententia, idem iudicium eſſe videtur, ſi à ſeparatis tantum capitulis ſit prouocatum, vt tunc à tota ſententia in cauſis appellationum recedi non debeatur, niſi ſpecies in qua appellatum, cæteris ſpeciebus non cohæreat, *arg. l. etiam.* 29. §. *ex cauſa,* 1. *ff. de minorib.* nam appellatio ab vno capite ſententię licet determinate, & limitatè interpoſita, ad ea porrigitur, quæ ſunt connexa, *Bartholus, & alij, in l. appellanti,* 13. *ff. hoc tit.* ſin autem à ſententia plures articulos continente, appellatum ſit, proteſtatione interpoſita, ſe tantum appellare à capitulis contrà ſe facientibus, hæc non videtur prodeſſe appellanti, in detrimentum appellati, cum appellatio communis vtrique ſit, & commune beneficium vocetur, vnde intempeſtiua proteſtatio aduerſarij, hoc beneficium à lege & ordinatione conceſſum parti, infringere non poterit, per tradita Dd. de effectu proteſtationis.

Occurret aliquis, †renunciari poterit appellationi à ſe interpoſitæ, *l. ſi quis libellos,* 28. *Cod. hoc tit.* Si quis, *inquit,* libellos 85
appellatorios ingeſſerit, ſciat ſe habere licentiam, arbitrium commutandi, ne iuſtæ pœnitudinis humanitas amputetur, *cap. vlt. §. ſi verò,* 2. *q.* 6. Et ratio eſt, cum enim appellatio cau-

ſa litigantis introducta ſit ad Priuilegium ſcilicet & vtilitatem eius, vt ait *l.* 11. *Cod. Theodoſia. de appell.* iure non licebit vti eo, quod lex ei ſua cauſa dedit, *vulgata, l.* 41. *ſi iudex. ff. de Minoribus.* vnde inferendum videtur, quem poſſe proteſtatione declarare, quatenus beneficio ſibi conceſſo vti velit.

Pro confutatione huius obiectionis ſciendum eſt, intereſſe inter interpoſitam appellationem, & eiuſdem introductionem, vt illic renunciatio admittatur, hic verò improbetur, *l. ampliorem. fin. ibi,* Si appellator ſemel in iudicium venerit, & cauſas appellationis ſuæ propoſuerit &c. *Cod. hoc titul. leg. per hanc, Cod. de tempor. appellat.* re integra *inquam,* licet renunciare, donec ſuperiori fuerit olata, *Text. notabilis, in cap. quamuis,* 10. *de electione. in ſexto. capit.* 70. *interpoſita, §. ille deniq;, hoc titul. extr. Maranta, hoc titul. parte ſexta. numer.* 344. *Gail, lib. primo. obſer.* 122. *numer.* 4. *Author præiudiciorum*, in verbo, *appellatio in cauſis criminalibus, fol.* 37. verſic. *appellans &c.* Siue ſecundum alios, totum decendium condemnato liberum eſſe, non ſolum ad appellandum, ſed etiam vbi appellatum, ad appellationem ex pœnitentia deſerendam, *argum. l.* 70 *quod certa, ff. de ſolutionib. &c. Codex Fabr. lib* 7. *tit.* 26. *defin.* 35. at vbi ſemel per appellationem deuolutum eſt negotium, ad iudicem appellationis, ſeram videri renunciationem, *Codex Fabr. d. tit.* 27. *defin.* 4. *& definit.* 8.

Et *legem, ſi quis libellos,* 28. de interpoſita appellatione intelligendã, colligere eſt ex eo, cum quis inter acta, viua voce non appellat, ad libellos appellatorios confugiendum eſt, *l. à ſententia* 5. *§. ſi quis,* 5. *ff. hoc tit.*

Sextus effectus appellationis eſt, interpoſita appellatione, omninò ſuperſedendum eſſe, nihilq; innouãdum, Verum, de ho ſicuti & vltimo effectu, quod cauſa appellationis videlicet, deuoluat tàm articulum appellationis, quàm deciſionẽ totius negotij principalis, commodius tractari poterit, cum officia Iudicum exequemur.

26 Pergamus ad officium appellantis, † cui primò incumbit, vt

intro-

introducat appellationem, extrahendo citationem, quod aſſequi poterit, ſi narretur viua voce appellatum, ſeq; referat ad acta, tunc creditur narratis, modo & qualitas ſententię & dies exprimatur, ſin ex interuallo prouocatũ proferatur inſtrumentũ appellationis, quod continere debeat tenorẽ ſententiæ, à qua appellatum. *Ord. Cam. Imp. par. 1. tit. 22. §. 1. diem,* literam interpoſitæ appellationis, inſertionẽ ſchedulę appellationis, de quib. ſuprà *in c. 5. Denaiſ. c. 36. §. 3. diem,* & conſtituto tempore eandem reproducat, ſeu formalia appellationis iuſtificet tam parti, quàm iudici, nec procedendum in cauſa principali, † ijs non iuſtificatis, 87
ita ſtatutũ viſitat. receſſ. *Anno 60. §.* Als dann auch erregt ꝛc. *&* *anno 64. §.* Vñ demnach ꝛc. daß die formalia appellationis, zur fundierung deß Käyſerl. Cammergerichts/iurisdiction juſtificirt/oder per exceptiones angefochtet werden ſollẽ ꝛc. *Ciſnerus, ad Ord. Cam. Imp. par. 3. tit. 31. & 32. Denaiſius,* in verbo *appellationis iuſtificatio, § ni fiat, 2. & §. 4. formalia.*

Solennia itaquè appellationis, vt in *l. 11. ſi bonam, C. de adminiſt. Tut. ſeu vt in l. furti, 6. §. 1. ſed ſi furti, ff. qui notantur infamia.*

Tempora prouocationis, vulgò fatalia appellationum, obſeruanda, & formalia omnis appellationis iuſtificãda, (quæ iuſtificatio formaliũ breuiſſimè fieri poteſt, referendo ſe ad acta, vel inſtrumentum appellationis.) *Ordin. Cam. Auguſtæ conſtit. An. 1500 tit.* Wie in appellation/*fol. 54. & tit.* Daß ein Appellirer ꝛc. *fol. 55. Ord. Cam. Imp. par. 3. tit. 31 cum tit. ſeq.* vbi diſponitur, de officio appellãtis, † vt libellum vel inſtrumentum, 88
aut acta exhibeat, vel compulſoriales petat, & quidem hodiè inſtrumentum appellationis, ſub pœna abſolutionis, in primo termino producendũ, *receſſ. deputat. Anno 1600 §.* Wann die Inſtrumen, *fol. 768.*

De his omnib. breuitatis cauſa, reicio Lectorem, ad *Ordin. Cam. Imp. par. 2. tit. 31. Tom. 2. Symph. par. 2. tit. q dubiar. à n. 6 vſq; ad n. 6 Auth. præiud. Cã* in verbo, *Acta* in verbo *Compulſoriales,* in verbo *libellus, Comitiis Imp. An. 70 habita, §.* In dẽ appellatiõ ſachen ꝛc *fol. 613 & §.* Wiewol auch vermõg ꝛc. *fol. 615 & Co-*

mitia Anno 94. *habita*, §. Setzen demnach ꝛc. *fol.* 719. vbi tractatur quatenus defenſionales in cauſis appellationum produci poſſint, *& nouiß. Spiren. Conuent.* §. Demnach ꝛc. *cum aliquot ſeq. vſq. ad* §. Wann aber ꝛc. vbi paſſim tractatur, quomodo libellandum, & libellis exceptiones annectendæ, & de actorum & compulſorialium productione, generaliter autem ſciendum, appellantem reddere debere cauſas appellationis, *l. à ſententia*, 4. §. 1. *ſed ab eo, tit. an per alium cauſæ appell. &c. l.* 6. *minoribus, C. de his quibus vt indignis &c.* ſeu qui incumbere, probare ſententiam iniuſtam, *l. hi qui, vbi Barthol. & Dd. C. hoc tit.* vbi *inquit* Imperator, Cum igitur ad munus vocatus appellaueris, apud Præſidem Prouinciæ iuſtè te appellaſſe oſtende &c. *cap. cum in Eccleſia*, 38. *ext. hoc tit.* dicuntur & cauſa vel appellationum merita, *l. Tutor*, 27. *ff. hoc tit.* in foro grauamina, defuncto verò appellante ante cauſam actam, † hæredes
89 teneri reddere cauſas appellationis, à defuncto interpoſitæ, *l.* 2. *Tutor, ff. ſi tutor vel curator &c. l. vnica, ff. ſi pendente appellatione mors interuenerit, tot. tit. C. ſi pendente appell. &c.* adeò vt à pluribus interpoſita appellatione, & vno eorum decedente, inauditis hæredibus defuncti lis appellatoria exerceri non poſſit, huius rei exemplum vide *in Codice Fabr. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 27. Olim in reddendis cauſis appellationum, his verbis vtebantur, dicens, vel quod diceret. *l. Romanius*, 28. *ff. de Tutor. datis. ibi*, dicens, ſe non debuiſſe dari &c. *l. quadam*, 41. *ff. familiæ erciſcundæ, l. vlt. ff. de iure patronatus.*

90 Ex ſtylo † Camer. Imp. autem differentia conſtituenda eſt, inter appellationem à ſententia definitiua & interlocutoria, vt illic arbitrio appellantis relinquatur, cauſas vel grauamina articulatim, vel ſummatim proponere, ſi noui quid adferre velit, alias libellandi facultas denegatur, ſed ſolum acta loco grauaminum repetendo concludere debet, *Ordinat. Cam. Imp. par.* 3. *tit.* 31. §. Wo aber von einer ꝛc. *& tit.* 33. §. Wo aber in obgemeltem ꝛc. *Comitiis Imper. Anno* 70. *habitis*, §. Sonſten in andern ꝛc. *fol.* 615. *& nouiß. Spiren. receſ.* §. So ſoll auch vermög

mög ꝛc. *cum ſeq. fol. mihi, 769.* Sin autem ab interlocutoria appellabili tamen interpoſita ſit appellatio, tunc Inſtrumentum, vel ſchedula appelationis repeti debet, nec libellandi facultas indulgetur, *Ordinat. par. 3. tit. 31.* §. Vnnd ſo ferrn von einer ꝛc. quod ipſum confirmatur *Comitiis Imp. Anoo 70. habitis* §. Aber in Appellation Sachen ꝛc. *fol. 615. & d. Spir. conuent.* §. Nach dem mal in vnſerer ꝛc. *fol. 769.*

Ex his quæritur, † an in libello, vel grauaminibus, in ſpecie exprimendum ſit, quid noui in ſecunda inſtantia adductum ſit. 91

Et hoc per commune decretum ſtatutum erat, quod ſublatum, *dict. Spirenſi conuentione Anno* 1600. Es ſeind ꝛc. *fol. mihi, 770. Denaiſius*, in verbo *articuli numer. 6. & 7.* vide rationes in vtramque partem, *tom. 2. Symph. part. 2. fol. 195. numer. 63.*

Tertio † ad officium appellantis pertinet, vt ſtatuto ſatisfaciat, pleriſque enim in locis receptum eſt, appellantes non aliter audiri, quam iuramento affirment, non moratoriè appellari, item cautionem præſtent &c. quæ ſtatuta ſubſiſtere extra pugnam eſt, ſi itaquè hæ ſolennitates ſtatutorum prætermittantur, an poſtulatio appellantis offerentis ſe in iudicio appellationis, ad ſatisfactionem ſtatuti admittenda non ſit? 92

Et videtur, audiendum non eſſe, cum hæ ſolennitates ſtatutorum cenſeantur eſſe de formalibus appellationum, forma autem det eſſe rei, *l. Iulian. 9. §. 3 ſed ſi quis, ff. ad exhibendum* & rem in eſſe conſeruet, *l. 6. ſcia, §. 1. ff. de auro & argento legato.*

Hinc *Baldus in l. ordo, Cod. de executio. rei iudic.* refert ſtatuta aliquid diſponentia, tàm in tempore, quàm forma ſeruanda eſſe ad vuguem, aliàs factum eſſe ipſo iure nullius momenti, quia forma ſubſtantialis non ſeruetur, *l. conſtitutionib. ff. ad l. municipalem, l. Fulcinius, 7. §. cum hoc, 2. cum ſeq. ff. quibus ex cauſis in poſſeſſ. eatur, &c. cap. cum dilecta, 22. in fin. extr. de*

mitia Anno 94. *habita*, §. Setzen demnach ꝛc. *fol.* 719. vbi tractatur quatenus defenſionales in cauſis appellationum produci poſſint, *& nouiß. Spiren. Conuent.* §. Demnach ꝛc. *cum aliquot ſeq. vſq. ad* §. Wann aber ꝛc. vbi paſſim tractatur, quomodo libellandum, & libellis exceptiones annectendæ, & de actorum & compulſorialium productione, generaliter autem ſciendum, appellantem reddere debere cauſas appellationis, *l. à ſententia*, 4. §. 1. *ſed ab eo, tit. an per alium cauſæ appell. &c. l. 6. minoribus, C. de his quibus vt indignis &c.* ſeu qui incumbere, probare ſententiam iniuſtam, *l. hi qui, vbi Barthol. & Dd. C. hoc tit.* vbi *inquit* Imperator, Cum igitur ad munus vocatus appellaueris, apud Præſidem Prouinciæ iuſtè te appellaſſe oſtende &c. *cap. cum in Eccleſia*, 38. *ext. hoc tit.* dicuntur & cauſa vel appellationum merita, *l. Tutor*, 27. *ff. hoc tit.* in foro grauamina, defuncto verò appellante ante cauſam actam,† hæredes
89 teneri reddere cauſas appellationis, à defuncto interpoſitæ, *l. 2. Tutor, ff. ſi tutor vel curator &c. l. vnica, ff. ſi pendente appellatione mors interuenerit, tot. tit. C. ſi pendente appell. &c.* adeò vt à pluribus interpoſita appellatione, & vno eorum decedente, inauditis hæredibus defuncti lis appellatoria exerceri non poſſit, huius rei exemplum vide *in Codice Fabr. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 27. Olim in reddendis cauſis appellationum, his verbis vtebantur, dicens, vel quod diceret. *l. Romanius*, 28. *ff. de Tutor. datis, ibi*, dicens, ſe non debuiſſe dari &c. *l. quædam*, 41. *ff. familiæ erciſcundæ, l. vlt. ff. de iure patronatus.*

90 Ex ſtylo † Camer. Imp. autem differentia conſtituenda eſt, inter appellationem à ſententia definitiua & interlocutoria, vt illic arbitrio appellantis relinquatur, cauſas vel grauamina articulatim, vel ſummatim proponere, ſi noui quid adferre velit, alias libellandi facultas denegatur, ſed ſolum acta loco grauaminum repetendo concludere debet, *Ordinat. Cam. Imp. par.* 3. *tit.* 31. §. Wo aber von einer ꝛc. *& tit.* 33. §. Wo aber in obgemeltem ꝛc. *Comitiis Imper. Anno* 70. *habitis*, §. Sonſten in andern ꝛc. *fol.* 615. *& nouiß. Spiren. receſ.* §. So ſoll auch vermög

mög ꝛc. *cum ſeq. fol. mihi, 769.* Sin autem ab interlocutoria appellabili tamen interpoſita ſit appellatio, tunc Inſtrumentum, vel ſchedula appelationis repeti debet, nec libellandi facultas indulgetur, *Ordinat. par. 3. tit. 31.* §. Vnnd ſo fern von einer ꝛc. quod ipſum confirmatur *Comitiis Imp. Anno 70. habitis* §. Aber in Appellation Sachen ꝛc. *fol. 615. & d. Spir. conuent.* §. Nach dem mal in vnſerer ꝛc. *fol. 769.*

Ex his quæritur, † an in libello, vel grauaminibus, in ſpecie exprimendum ſit, quid noui in ſecunda inſtantia adductum ſit. 91

Et hoc per commune decretum ſtatutum erat, quod ſublatum, *dict. Spirenſi conuentione Anno* 1600. Es ſeind ꝛc. *fol. mihi*, 770. *Denaiſius*, in verbo *articuli numer. 6. & 7.* vide rationes in vtramque partem, *tom. 2. Symph. part. 2. fol. 195. numer. 63.*

Tertio † ad officium appellantis pertinet; vt ſtatuto ſatisfaciat, pleriſque enim in locis receptum eſt, appellantes non aliter audiri; quam iuramento affirment, non moratoriè appellari, item cautionem præſtent &c. quæ ſtatuta ſubſiſtere extra pugnam eſt, ſi itaquè hæ ſolennitates ſtatutorum prætermittantur, an poſtulatio appellantis offerentis ſe in iudicio appellationis, ad ſatisfactionem ſtatuti admittenda non ſit? 92

Et videtur, audiendum non eſſe, cum hæ ſolennitates ſtatutorum cenſeantur eſſe de formalibus appellationum, forma autem det eſſe rei, *l. Iulián. 9. §. 3 ſed ſi quis, ff. ad exhibendum* & rem in eſſe conſeruet, *l. 6. ſcia, §. 1. ff. de auro & argento legato.*

Hinc *Baldus in l. ordo, Cod. de executio. rei iudic.* refert ſtatuta aliquid diſponentia, tàm in tempore, quàm forma ſeruanda eſſe ad vuguem; aliàs factum eſſe ipſo iure nullius momenti, quia forma ſubſtantialis non ſeruetur, *l. conſtitutionib. ff. ad l. municipalem, l. Fulcinius, 7. §. cum hoc, 2. cum ſeq ff. quibus ex cauſis in poſſeß. eatur, &c. cap. cum dilecta, 22. in fin. extr. de*

reſcriptis, cap. venerabili, 37. ext. de officio delegati, cap. quia 42. de electiõn. cap. Piſanis fin. ext de reſtit. quod eò producitur, vt nec iuſtiſſima cauſa formæ defectum ſupplere poſſit, *Gail, libr. 2. obſ. 19 nu. 17* formam autem à lege traditam quamlibet, cenſeri ſubſtantialem.

93 Contrarium tamen † benignius eſt, appellantem paratum, in cauſa appellationis, ea præſtare, repellendum non eſſe, cum huiuſmodi ſolennitates cenſeantur eſſe non de forma ſubſtantiali, ſed accidentali, per tradita à *Mynſingero centur. 1. obſer. ſexta. cent. 3. obſ. 56. Gail, lib. 1. obſer. 124.* vbi id *in Camera Imperiali* receptum refertur, maximè ſi petitum non ſit, vt ſatisfaciat ſtatuto, *l. diuerſum, 2 §. 1. quod ait Prætor, ibi,* non ergo offerre debet ſatisdationem, ſed petenti ſatis, moram non facere, *ff. quod legatorum, l. 69. peto, §. 3. fratre.* verſicul. *quod ſi cautio non fuerit ab eo &c. ff. de legat. ſecundo. l. 1. §. non exigit primo ff vt in poſſeſſ. legator. leg. quinta ſi quis, §. 1. ſtipulatio ff. de collatione.*

Declaratur tamẽ procedere, niſi ſtatutum pro forma requireret præcisè, ad appellationem, præſtationem iuramenti, cautionis, depoſitionẽ pecuniæ &c. quæ forma ex eo inducta cẽſetur, ſi in actu explicando tẽpus adijciatur, vt ſi in ipſo appellationis articulo pecuniæ præſtatio interuenire debeat, forma .n. in ipſo actu requiſita, cenſetur ſubſtantialis, aut ſi ſtatutum formam tempore actus requirat, *Grauaeus ad Gail, concluſ 124. conſiderat. 1. latè Aſinius, Tract. de execut §. 5 per totum,* præcipue verò, *cap. 22. cum ſeq.* vbi refert, † quatenus ſolennitatis re-
94 quiſitæ omiſſio vitiet actum.

65 Denique incumbit appellanti, † vt, interpoſita appellatione, intra tempus, à lege, aut homine præfixum, Apoſtolos petat, proteſtationem interponat de non labendis nec lapſis fatalibus appellationum, de qua re ſuprà, acta producat, intrà 30. dies, *Ordinat. Cam. Imp. par. 2 tit. 31. in princip.* quod recepit *Concilium Tridentinum, Seſſion. 13. decretum de reformat. capit. 3.*

Et

Et hæc de officio appellantis ſufficerint, conſequens eſt, vt
de officio appellati nonnihil diſſeramus.

Principio † itaquè ipſi conuenit, vt antè omnia contrà for- 96
malis appellationis excipiat, (ſi contra excipiendum eſſet) non
quidem in genere, ſed in ſpecie, *Ordinat. Camer. Imp. par. 3. tit.*
32. §. So ſollen auch ꝛc. Et quidem huiuſmodi exceptiones
non deuolutionis, deſertionis, & ſimiles, etiâſi non in ſcriptis,
ſed oretenus proponantur, admittuntur, vt puta referendo ſe
ad acta, vel inſtrumentum appellationis, *nouiß. Spirenſi conuen-
tione, Anno* 1600. §. Wir ſetzen/ordnen/vnd wöllen auch/ daß
die Exceptiones &c. *fol.* 770.

Huiuſmodi tamen exceptionibus † litis conteſtationem 97
annectet, nec non reſponſiones ad libellum, item defentiona-
les articulos, contrà grauamina, per appellantem exhibita, *Co-
mit. Imp. Anno* 70. *habitis*, §. Demnach ſollen ꝛc. *cum ſeq. fol.* 6.5.
quæ confirmata ſunt *Comit. Imp. Anno* 94. cum hac adiuncta
productione, vt vna aut altera exceptione omiſſa, via propo-
nendi præcluſa ſit, §. Setzen demnach ꝛc. cum §. *ſeq.* hodiè ta-
men vel ſolas proponendi, vel ſimul cauſam principalem in
euentum tractandi, ſuo quiſque periculo, liberam facultatem
habet, *Nouiß. Spirenſi conuent.* §. Ob auch Exceptiones &c. *in
fine fol.* 720. hoc tamen declaratur, niſi Tertius ratione priuile-
gij de non appellando interueniat, tunc enim ſolus punctus
deuolutionis excutiendus, Vnnd die Partheyen immittelſt
mit der Euentual Handlung verſchonet werden ſollen/ *d.
Spirenſi conuent.* §. Wir ſetzen/ ordnen/ vnd wöllen auch/ daß
einige ſeparation &c. *fol. mihi* 770.

Porrò, † ſi appellatus appellantis protelationem animad- 98
uertat, in mutãdo, corrigendo ſuum libellum appellatorium,
antè litis conteſtationẽ, ꝓponendo additionales, correctiona-
les, petendo ꝓrogationẽ &c. articulatus libellus exhibitus per
appellantem cum actis prioris inſtantiæ conueniat, meraq; ſit
repetitio priorum, per generale lite conteſta, & repetitione a-
ctorum facta, nulla data reſponſione ad libellum concludat,
alle-

allegetque, libellum propoſitum, iuri & ordinationi contrarium, & irreleuantem eſſe reijciendum, adiecta petitione, rectè pronunciatum, malè appellatum, cum refuſione expenſarum, *Gail, lib. 1. obſ. 128. nu. 4. Author præiud. Cam.* in verbo *appellans, & appellatus,* verſic. *quandò appellatus &c. fol.* 17. quamuis *Rulantus de Commiſſariis, parte tertia, libr. octauo, de proceſſ. iudic. interrog. cap. 9. numer.* 13. verſic. *ſi in principali, &c.* referat hoc periculoſum eſſe, quod articulata grauamina pro confeſſatis accipiet defenſionales procedi poſſint, & id fieri poſſe, ſuprà allatum eſt.

Verum hic occurrit quæſtio, an appellatus petere poſſit circumductionem termini?

99 Pro cuius reſolutione, duo diſtinguenda ſunt, † an appellans in primo termino non, ſed appellatus compareat, tunc circumductioni termini non erit locus, ita vt, ſi appellans executor proceſſus in termino Citationi inſerto, non reproducat, pars appellata circumductionem termini allegare non poſſit, id eſt, vt inſtantia pereat tantum, & ex integro litigari, vel cauſa circumducta iterum reſuſcitari poſſit, ſicuti in cauſis ſimplicis querelæ euenit, *l. 73. & poſt,* §. *circumducto, 2. ff. de iudiciis,* quia liberum eſt appellanti, antè vel poſt terminum, dummodò intrà fatalia reproducere, quamuis appellatus hoc caſu abſolutionem à citatione petere poſſit, *d. Nouiſſ. Spirenſi conuent.* §. Demnach dem Appellanten ꝛc. *fol.* 768. *Denaiſius, cap.* 100. §. 8, *appellata.*

100 Nec obſtat, † *lex ſi Præſes, 6. C. quomodo & quando Iudex &c.* vbi ait Imperator, ſi Præſes cauſam appellationis circumduxerit, eo tempore, quo Curatores non habebant adulti, repetitus notionem ſuam exhibebit, quia Imperator verbo circumductionis actum illum intelligit, quo cauſa appellationis eò reducitur, atque ſi interpoſita non eſſet, ſeu quo deſerta pronunciatur, circumducere enim delere, caſſari ſignificat, *l. 45 acta, ff de re iudic l. diui. 27* §. 1 *ſi à perſona,* verſic. *melius fecerit ſi cognitionem circumduxerit &c. ff. de liberali cauſa,* circumducta

itaque

itaquè vel deſerta pronunciata appellatione, eo tempore, quo adulti Curatores non habebant, repetitus Præſes notionem ſuam exhibebit, quæ eſt ſententia *d. l. ſi Præſes.*

Sin autem neutra partium,† in primo termino compareat, 101
eoq́, elapſo, appellans proſequi appellationem velit, poterit ne appellatus circumductionem termini allegare?

Et videtur, cum audiendum, *Ordin. Cam. Imp. par. 3. tit 12. §. vlt.* ibi, Vnd ſich niemandt im Gericht einlaſſen/ ſo ſoll als dann der terminus pro circumducto gehalten werden/ vnd die außgangene Citation gefallen ſein.

Contrarium deciſum *Comitiis Imp. Anno 66* §. So viel die Appellation ꝛc. *fol. mihi, 569.* vbi ſtatuitur, *d. §. vlt.* ad cauſas appellationum extendendum non eſſe, quibus correſpondet *nouiſs. Spirenſis conuentio Anno 1600* §. Demnach ꝛc. *fol. 768. Mynſing. cent. 2. obſ. 63. Gail, lib. 1. obſ 59. nu. 3. Author præiud. Cam.* in verbo *circumductio*, & in verbo *termini circumductio in principio*, vbi hoc præiudicijs confirmat, ne termino circumducto appellans tota cauſa cadat, cui nouam citationem intrà fatalia reproducere difficilè eſſet, aut non poſſet, ideoque abſque noua citatione, in cauſa procedi poteſt, adeò, vt ſi deindè alterutra partium compareat, petatque ſibi decerni proclama aduerſus abſentem, id concedatur, *Mynſingerus, centur. 2. obſ. 64.*

Quod tamen ſingulariter fallit † in cauſis mandatorum & 102
executorialium, idem ſi partes ad reaſſumendum citentur, his enim caſibus licet cauſa appellationis ſit, termini circumductio obtinet, ſæpè *d. nouiſs. Spiren. conuent. Anno 1600* §. Wir ſetzen/ ordnen ꝛc *fol. mihi, 767.*

Et hæc de officijs partium, ordo poſtulat, vt ad officia iudicum progrediamur.

Et in primis Iudici A QVO appellatum incumbit,† vt pen- 103
dente cauſa appellationis nihil innouet, huius enim iudicij ea authoritas eſt, vt nihil in præiudicium eius fieri debeat, à Iudice, ſiue deferat ſiue non, *l. ſciendum ff. de appellat recip. vel non,*

l. vnica, in princ. & §. 3. in verbis. Neq; vllam aliam iniuriam, quam patitur, qui ſentētiæ non acquieuerat; integer enim ſtatus eſſe videtur, prouocatione interpoſita, quia conſtitutum & iuris eſt, ne quid pendente appellatione innouetur, vt ait §. 4. *eiuſdem, l. ff. nihil innouari &c. l. appellatione, 3. C. hoc tit.* nam ea interpoſita, iudicis inferioris poteſtas ceſſat, quieſcit officium, & manus, vt loquuntur Interpretes, ligantur eius, neq; eò ſuperbiæ procedere debet iudex A QVO vt in negotio quidquam tentare vel amoliri audeat, aliàs pœna coercendus, prout olim apud Romanos expertus Capito, is namq; cum reus ab eo ius dicente, ad Cæſarem prouocaſſet, ſtatim in Sellam altiorem conſcendit, age, inquiens, nunc cauſam apud Cæſarem, eumq; cauſa rurſus cognita damnauerat, ſed eius ſuperbiæ pœnas apud Galbam Imperatorem luit; vt refert *Gregorius Tholoſan. lib. 50. Syntag. iuris, cap. 2. nu. 18. & lib. partit. Iur. Canon. lib. 5. tit. 15. cap. 2. lit. E.* vbi aliquot exempla animaduerſionis refert, in iudices, non recipientes appellationes, quæ ſi quis in fine ſeueritatis ponenda dixerit, diſputatione enim vtroq; flecti poteſt.

Cæterum ratio publici imperij iudicem ſuperiorem nimis aſperum exiſtimari non patitur, de pœnis horum iudicum, *vide l. 19. à proconſulibus, l. quoniam, 21. C. hoc tit. cap. 11. de cætero, 2 q. 6.* nulla enim fit iniuria, iudici, ſi à ſententia eius appelletur, *l. & in maioribus, 20. ibidem Dd. C. hoc tit.*

Quod autem dictum eſt, appellationē eximere appellantē à iuriſdictione eius, A QVO appellatur, *c. directæ, 59. ext. hoc tit.* ſiue vt ait *l. 23. C. Theodoſ. hoc tit.* eam efficere, vt is A QVO appellatur, iudex eſſe deſinat, exaudiēdū, quo ad cauſam appellationis, etenim, eundem iudicē A QVO quis ꝓuocauit, in alia cauſa, habere neceſſè habet, nec poterit vti hoc prætextu, quaſi ad offenſum iudicē, nō debeat experiri qa denuo ꝓuocare poteſt, *l. vnica, ff. apud eū à quo &c. c. 6. ad hæc, c 22. præterea c. 24. propoſuit ext. hoc tit.* eadē ratione, in alio articulo, à quo nō appellatum ꝓcedere poteſt, niſi cōnexitas cauſarum aliud impetret, *cap. 10, ſuper eo, ext. hoc tit.*

Idem

Idem iudicium,† vt non obſtãte interpoſita appellatione,in 104
cauſa conuentionis,iudex procedere poteſt,ad cauſam recon-
uentionis, quamuis .n. cauſa conuentionis & reconuentionis
vna ſententia terminari debeat,& id factum nõ ſit,non videa-
tur,neceſſe eſſe appellare,tamen magis eſt,vt interponatur ap-
pellatio.*l.1.§.fin ſi apud eundẽ.ff.quæ ſententia ſine appell.&c.* Vn-
de interpoſita ea , à cauſa conuentionis iudex quo ad cauſam
reconuentionis eſſe non deſinit,*Mynſing. cent.1.obſ*.10.Quam-
uis alij exiſtiment,alterutram deuolutam ad iudicem appella-
tionis,etiã alterã deuolutã cenſeri,ex continentia pceſſus,ma-
ximè ſi cauſa conuentionis & reconuẽtionis in meritis cauſa-
rum ſit ſit eadem,allegant *l.1.§.fin. ff.quæ ſentent.ſine appell. l. in
hoc,27. ff.familiæ erciſcundæ*, cum quæſtio reconuentionis eo-
dem iure cenſeri debeat,quo cauſa conuentionis, aliud autem
probandum eſſe, ſi cauſa ſeparata ſit, vel diuerſa.

Vt autem ſciatur,† quatenus Iudex A QVO teneatur defer- 107
re,ſeu recipere appellationes,diſtinguẽda eſt ſentẽtia definitiua
ab interlocutoria, vt primo caſu ſuſpẽdatur iurisdictio iudicis
A QVO etiã nulla Inhibitione emanata,quia vt ait *l.1. §.4.ergo
etſi.ff nihil innouari &c.*conſtitutum & iuris eſſe,ne quid appel-
latione pendente nouetur, & cauſa ad Iudicem appellationis
deuoluatur:Idem obtinet,in interlocutoria vim definitiuæ ha-
bente,hæc enim regulatur ſecundum naturam definitiuæ, vn-
de non poterit executioni mandari, ita definitum refert *Codex
Fabr. in Senatu Sabaudiæ, lib.* 1. *tit.* 10. *defin.* 10. modo ritè inter-
poſita,& inſinuata ſit appellatio, cum enim ex ſtylo, in abſen-
tia iudicis indiſtinctè recipiatur appellatio, iudex ea non co-
gnita, liberè procedere poteſt, *Maranta, hoc tit. nu.* 402. *Ordi-
nat. Cam. Imp.* 2. *tit.* 29. §. Item ſo ſoll ꝛc. §. So aber ſolche
ꝛc. *Tom.* 2. *Symph. par.* 2. *vot.* 16. *nu.* 6.

Excipiuntur † tamen caſus,quibus etiam cognita interpoſi- 108
tione appellationis,ſententia executioni mandari poteſt, vt ſi
ea iure improbetur, *l.conſtitutiones.* 16 *ff.hoc tit.l fin. ff de appell.
recip.* de qua re ſuprà copioſè dictum, *in cap.* 3. Quibus acce-

dat cauſa alimentorum, vt ſtatutum *nouiß. Spirenſi conuent. Anno* 1600. §. Belangend aber ꝛc. verſ. Wie auch in ſachen ꝛc. *fol.* 773.

Secundo, pendente appellatione, ob periculum mortis, ſenes, valetudinarij Teſtes, à iudice A QVO examinari poſſunt, *Lancelottus de attentatis, cap.* 12. *limitat.* 38 Imò quæcunque ob periculum mortis, pendente iudicio appellationis fiunt, pro attentatis non reputantur, *Rulant. de Commiſſ. lib.* 1. *de Commiſſ. ad perpet. rei memoriam &c. cap.* 2. *in fin.* vbi hoc authoritatib. confirmat. Quod eò producitur, etiam ſi non ſit periculum mortis non obſtante appellatione Teſtes axaminari poſſe, ne probationes pereant, *Codex Fabrianus, libr.* 1. *tit.* 10. *definit.* 13. *&* 22.

Tertio, ſi pendente lite appellationis aliqua ratione poſſeſſio turbata ſit, iudex A QVO ſine cunctatione poterit appellantem in priſtinam cauſam poſſeſſionis ſuæ reſtituere beneficio interdicti, *cap. cum tueamur,* 17. *ext. hoc tit.*

107 Cuius capituli authoritate † Dd. paſſim inferunt, iudicem A QVO pendente iudicio appellationis omnia intentare poſſe, quæ tendunt ad faciliorem exitum cauſæ appellationis, non tamen cognoſcendo de Iuribus appellationis, ſed prohibendo, ne quis in poſſeſſione turbetur, cum iurisdictio ipſius exſpiret tantum, quo ad executionem ſententiæ, non autem quo ad partium coercitionem & imperium, quod in eas habet, hinc pendente appellatione, ſententiam ſuam, abſque præiudicio tamen partis, declarare poſſe, *Lancelottus, de attentatis, par.* 2. *cap.* 4. *limit.* 21 *nu.* 16. quia hoc tentat ad faciliorem exitum appellationis, nihilque referre, inhibitio emanata ſit nec ne, *Lancelottus, limit.* 4. *nu.* 19. quia inhibitio operetur, tantum in his, quæ fiant contrà appellationem, non autem quæ in ipſius fauorem tendant, *Lancelottus, d. limitat.* 4 *cap.* 20. Ex his colligit, quamuis ſequeſtrum pendente controuerſia appellationis fieri non debeat, deſcriptionem tamen fructuum admitti, quia huiuſmodi deſcriptio nullum præiudicium inferat,

rat, ſed cauſa deciſa, ſententia faciliorem exitum habitura ſit, & tendentia in eum finem, non dicantur attentata, ut in facto propoſitum fuiſſe refert *Lancelottus, limit.* 12. *nu* 26. Quibus reſpondet *Codex Fabrianus, lib.* 1. *tit.* 10. *defin* 14. vbi refert, ex ea ratione, inuentarium confici poſſe, non obſtante appellatione. An autem idem probandum ſit in taxatione expenſarum, non vſquequaq́; conuenit inter Dd. vt videre eſt apud *Mandoſium, de Inhibitione, quæſt* 96. vbi in fine tenet, eam impediri, emanata inhibitione.

Et pro hac opinione *Lancelottus*, authoritates & deciſiones in medium adfert. Ratio ſequens cōſiderari poteſt, cum enim appellatio ſuper cauſa principali pendeat, ſequitur & expenſas tanquàm quæ negotio principali acceſſoria ſint, regulari debere ſecundum naturam cauſæ principalis, quare taxari non poterunt, niſi finita cauſa appellationis, tamen cum ſuperior ratio adhuc militare videatur, cum finito iudicio appellationis, ſententia faciliorem exitum habitura ſit, nullamq́; præiudicium inferat, non obſtante appellatione, taxationem fructuum & expenſarum fieri poſſe, decidiſſe refert *Rotam Guido Papæ, tit. de appell. nu.* 78. huc pertinet, quod quamuis pendente reuiſione, executio ſuſpendi debeat, tamen in puncto liquidationis, vbi ea opus, procedi poteſt, *nouiſſ. Spiren. conuen. Anno* 1600. §. Als auch ſtreit 2c. *fol. mihi.* 773.

Sin autem ab Interlocutoria † appellatum eſſe proponatur, tunc per illam officium Iudicis non ſuſpenditur, adeò, vt 108
iudex procedere poſſit, vſq́; ad ſententiam etiam non parte citata, *cap. cum qui* 2. *de dolo & contumacia in* 6. *Clemen vnica, eod, tit.* & pronunciata iniuſta appellatione, proceſſus prioris iudicis maneat firmus, quare conſultum eſt, vt à definitiua ſententia iterum appelletur, *d. clem. vnica, cap.* 46. *conſtitutis, extr. de Teſtib.* Ratio autem ſuperiorum eſt, quia antè ſententiam appellatio improbatur, *l. apertiſſimi, C de iudiciis, cum ſimilib.* ne ita appellando, ex qualibet interlocutione, lis trahatur in infinitum, nam ſi quid in medio litis iniquè à iudice factum quæ-

ratur, hoc poſt definitiuam ſententiam, appellatione interpoſita, ſimul cum re principali, ſarcire poterit, *l. oportet, 36. C. hoc tit. Cuiacius lib. 12. obſ. cap. 3.*

Declaratur tamen primo procedere, niſi inhibitum ſit, *cap. non ſolum, 7. hoc tit. in 6.* nam inhibitione emanata ſecundum quorundam opinionem, non poterit etiam reuocata interlocutoria, qua grauamen illatum, in cauſa procedere, *d. cap. non ſolum, Mandoſius, de inhibitione, q. 75. & 83.*

109 Secundo, † niſi delatum ſit *cap. 5. hoc tit. in 6* vel vt I. C. loquuntur, niſi Iudex A QVO receperit, vel admiſerit appellationem, *l. 6. ſciendum, ff. de appellation. recip. l. 6. ſi quis, §. 9. qui tamen, ff. de iniuſto, rupto, l. chirographis 57. §. 1. ff. de adminiſtr. Tutor. leg. 19. proconſulib. Cod. hoc titul.* cui contrarium eſt, repudiare vel reijcere appellationem, *l. 3. appellatione, C. hoc titul.* Deferendo itaquè abdicat à ſe omnem iuriſdictionem, *d. cap. cum appellatione. 5 Mynſing cent. 4. obſ. 46. Marant. hoc tit. nu. 219.* Iudex enim A QVO ſi ab interlocutoria reciperet appellationem, non reprehenditur, laudatur verecundia potius; *leg. 42. C. Theodoſ. de appellation.* Probamus *inquiunt*, verecundiam iudicantis, ſi ſuperfluam quoq; recipiat prouocationem, ne interim reliquum negotium audiret.

110 Ex his colligitur, † iudicem A QVO appellationem à definitiua recipere debere, niſi iuſta cauſa aliud ſuadeat, idem iudicium eſt, in interlocutoria iure permiſſa, *l. antè ff. de appell. recip.* vt ſi grauamē illatum reſarciri non poſſit *Maran. hoc tit. nu. 112.* alijs autem de Iure Ciuili deferre non tenetur, cum ijs ius non deferat, ſed ab eo improbentur, iuſta autem cauſa expreſſa, in appellatione, etiam iure prohibita, admittenda videtur, *gloſſ. notabilis, in cap. Romana, §. ſin autem,* in verbo *mandetur*, *hoc tit. in 6.* quam communi iudicio receptam eſſe refert *Couarr. pract. quæſt. cap. 23. verſ. 2.*

111 De Iure Canonico, † cum à quauis interlocutoria admittatur appellatio, *cap. ſuper, 12. ext. hoc tit.* ipſis deferendum eſſe videtur.

Occur-

Occurret aliquis, iudex A QVO tenetur recipere appellationem ab interlocutorijs, & tamen ijs non attentis, liberè in cauſa procedere poteſt, *d. cap. 2. de dolo & contumacia in 6.* Videntur hæc enim non ſubſiſtere, deferendum eſſe appellationibus, & nihilominus poſſe procedi in cauſa, niſi inhibitum ſit, *d. cap. non ſolum, hoc tit. in 6.*

Reſpondendum ſuperius dictum eò pertinere, vt deferendum ſit appellationi ab interlocutoria, ea interpoſita ex cauſa rationabili, vt loquitur *gloß. in d. cap. 2.* ſeu ex cauſa cognita, legitima, quæ ſi probata eſſet, iuſta cenſeretur, *capit. vt debitus, extr. hoc titul.* ſecus ſi moratoriè aut fruſtrationis cauſa, eam interpoſitam eſſe deprehendatur. Ex legitima, *inquam*, cauſa, quam ex eo metimur, ſi ius ipſam admittat, friuolam autem, quæ fit ex cauſa falſa, aut quam ius reprobet, videatur *Maranta, hoc tit. num.* 210. *Fachineus lib.* 1. *controuerſ. capit.* 80.

Deniq;, † ad officium Iudicis A QVO pertinet, vt actorum copiam ſub ſuo ſigillo iudiciali appellanti edat, (non quidem originalia, ſed exempla, *cap. quoniam,* 11. *extr. de probation.* adeò, vt ſententia ſine actis prioris inſtantiæ lata, ſit ipſo iure nulla, *Grævæus ad Gail, concl.* 134. *conſid.* 1. vbi multis hoc confirmat) *l.* 2. 15. *apud quem*, vbi communiter Dd. *C. de edendo, l. ne cauſas*, 15. *l. à proconſulibus*, 19. *l.* 24. *iudicibus, Cod. hoc titul. ibi.* Geſta vna cum relatione litigatoribus conuenit præſtari. &c. 112

Pro quarum Legum exactiore cognitione ſciendum, antiquitus ita obſeruatum fuiſſe, vt nedum in appellationum ſed etiam alijs cauſis, acta, inſtrumenta, libelli partium, quæcunque ad cauſæ inſtructionem pertinerent, edi, ſiue vt ait *lex, quinta. Cod. Theodoſ. de relationibus*, omnia ad cauſam pertinentia, acta tranſmitti ad Iudicem ſuperiorem, debuerint, cuius rei veſtigia extant, *in leg. trigeſima tertia. diuus, ff. de re iudic. l. ſolent,* 3. *ff. de alimentis legatis, l.* 6. *& eum, ff. ad l. Iuliam, de vi publica.* Si quis in hanc rem authoritates ex Plinio

&c.

& *Symmacho* h bere cupiat, conſuli poterit *Briſſonius, de formul. Rom Imp. fol. mihi,* 307. quæ lucem adferunt ſuprà dictis legib. *&* *tot. tit. de relationib.*

Sed ad inſtituta redeamus: tenetur itaque Iudex A QVO ad actorum editionem, quod ipſum paſſim *Comitiis Imperij* repetitum videre eſt, *Ordin. Cam. Imp. Anno* 1521. *conſtit. tit.* Daß Sachen ꝛc. §. Es ſoll auch ꝛc. *fol. mihi,* 119 *Comitiis Imp. Anno* 1529. §. Vnd damit auch ꝛc. *fol.* 180. *&* *Comitiis Imperij Anno*
113 1532. §. Vnd als ſich ꝛc. *fol.* 232. idq; hodiè † ſub certa pœna interpoſitis compulſorialib. fit, quibus mandatur, vt actorum editio intrà certum terminum fiat, & ijs reproductis, non ſtatim fit declaratio pœnæ, ſed ſi de legitima requiſitione & inſinuatione ſimplicium compulſorialium conſtet, arctiores cõceduntur, annexa citatione ad videndum ſe declarari in pœnas ſimplicium, *Gail, lib.* 1. *obſ* 134 *nu.* 4. *Author præiud. Cam.* in verbo *compulſoriales,* ibi *de compulſorialium &c.* & verſ. *ſi reproducantur*, vbi hoc præiudicio confirmat, quandoquidem verò partes ratione non editionis actorum detinebantur, & cauſæ in longum producebantur, ſaluberrimè *Comitiis Imperii Anno* 70. *habitis,* decretum, vt iudices ad requiſitionem partium, acta & quidem integra edant, ohne allen mängel/ mit gäntzlicher Inſerierung alles vnd jedes / ſo wol was vor der Vrtheyl/ als was darunder / vnnd darnach eingebracht / erkennt/ gehandelt / oder fürgenommen worden/gegen zimblicher Belohnung/ edieren / oder aber in die communirte Peen compulſorialium gefallen ſein / auch darin ohn weitläuffigkeit erklärt werden ſollen. §. In den Appellation Sachen ꝛc. *folio mihi,* 613. *iuncto* §. 4. Vnd nach ꝛc. *&* §. *penult. par.* 2. *titul.* 31.

114 Quare ſi acta edere nolit, † nihil periculi ſuſtinebit appellans, ita deciſum *nouiſſ. Spiren. conuent. Anno* 1600. *habita* §. Wann auch auß den Actis &c. *fol. mihi,* 769. quamuis quidam exiſtimauerint documento opus eſſe, de qua re *Tom.* 2. *Symph. par.* 2. *tit. quæſt. dubiar. nu.* 15. *cum ſeq.*

Eadem

Eadem ratione ſi acta manca eduntur, animaduertendum, in iudicem, *d. l. hæc cauſas,* 15 *d. l.* 24. *iudicibus, Cod hoc tit. cap. quoniam,* 11. *extr de probation. Mynſing. cent.* 1. *obſ* 11. *cent.* 2. *obſ.* 16. vbi hoc caſu refert, negligentiam iudicum pœna arbitraria coerceri, idque præiudicio confirmat *Gail, libr.* 1. *obſ.* 134 *nu.* 14. *Author præiud. Cam.* in verbo *acta*, verſic. *acta manca, fol.* 5. *Tom.* 2. *Symphor. par.* 2. *vot.* 17. Non deſunt tamen, qui exiſtiment, iudicum ſumptibus, integram actorum editionem iniungendam, quibus ſuffragari videtur *Ordin. Cam. Imp. part.* 2. *tit.* 31. §. Würde ſich aber befinden ꝛc. *Author præiud. Cam.* in verbo *compulſoriales,* verſic. *vlteriores, fol.* 92. vbi hoc aliquot præiudicijs confirmat; Prompta huius diſſenſionis propoſitæ videtur eſſe conciliatio, ſi ſtatuamus hæc procedere ſi ad vlteriores compulſoriales, integra edi poſſint, aliud autem obtinere, ſi adeò defectuoſa ſint, vt de meritis cauſæ iudici non poſſit conſtare, hoc enim caſu, in quantum æquum religioni iudicantis viſum erit, pœnam negligentiæ nomine ſuſtinebunt, Quamuis & primo caſu etiam plectendum iudicem exiſtimetur.

Verùm quæſtionis eſt, † ſi emanatis contrà iudicem vlterioribus compulſorialibus, neget alia acta, quam exhibita ſint, edi poſſe, idq; iuramento affirmare velit, admittendus ne erit? 115

Et audiendum eſſe refert *Gail, lib.* 1. *obſ.* 134. *nu.* 17. vbi ait, in dubio iudicis iuramento, acta integrè edita eſſe, ſtari, idque præiudicio, & *Author præiud. Cam.* in verbo *acta*, verſic. *de editione: fol* 3. & in verbo *compulſoriales,* verſic. *iudex, fol.* 93. confirmat quia Iudex præſumptionem pro ſe habet, *cap ſicut* 16. *in fin. ext. de re iud. cap. cum inter,* 13. *eod. cap. in præſentia, ext. de renunciatione,* cum ſimilibus.

Quare alleganti actorum defectum & redintegrationem petenti, ꝓbatio incumbit, quæ facilè probari poteſt, per inſpectionem actorum ſcriptorum, peractuariũ, cum enim periculoſum ſit, ſolius iudicis ſcripturæ ſtare, litigatore veram ne-

Aa a gatio-

gationem iudicis aſſertioni contrariam approbare nequeunte, quia factum negantis, per rerum naturam, id eſt, naturali ratione, nulla directa probatio eſt, *l. actor, Cod. de Probation. l.* 10. *C. de non numerata pecunia, cap. bonæ, ext. de electione, cap.* 5. *extr. de renunciat.* ideò optimo iure diſpoſitum, acta iudiciaria literis mandanda eſſe, per actuarium annotato loco & tempore quo geſta, deſignatisque perſonis, inter quas acta ſint, *capit.* 11. *quoniam*, vbi *Canoniſtæ*, & ibidem *Cuiacius, ext. de probation.*

Ex quorum editione, ſi appareat litis conteſtationem, & alia ad cauſam pertinentia omiſſa, rectè defectus probabitur, *Gail, dict. loco, numer. decimo quinto.* quia, vt dixi, quamuis negationis nulla ſit directa probatio, tamen ex circumſtantijs, *l. filium, ſexta ff. de his qui ſui vel alieni iuris &c. l. optimam, ff. de contrah. ſtipulatione &c.* rectè negatio probari poteſt, vt *Valerius*, vnico abſentiæ argumento, ſacrilegium defendiſſe dicitur: & *Clodius Romæ* violatæ relligionis accuſatus, eo quod tempore, quo ab eo violata relligio dicebatur, alibi fuiſſet, non Romæ, defendebatur: & *Cicero libr.* 1. *de inuentione*, ſi quo die, *inquit*, iſta cædes *Romæ* facta eſt, ego *Athenis* fui, eo die in cæde intereſſe non potui, fui autem *Athenis*, hoc die, hoc ſi non conſtat, indiget probatione, & ſufficit, (abſoluendo ſcil. reo) ſi approbetur.

Similiter hoc caſu negatiua probari poterit, ex eo, ſi illud in proceſſu, de quo queritur, non reperiatur, & hæc de negationis probatione &c.

De actorum editione, remitto Lectorem ad *Authorem præiud. Cam.* in verbo, *compulſoriales. Tom.* 2. *par.* 2. *Symph. tit. quæſt. dubiar. à nu.* 7. *vſq; ad* 28. quæ quæſtiones paſſim *Comitiis Imp.* præſertim verò *nouiſſ. Spiren. conuent. Anno* 1600. deciſæ ſunt, *à* §. Wann die Inſtrumenta *&c. vsq; ad* §. Dieweil auch *&c.*

De officio Iudicis A QVO circà reddentes apoſtolos, ſeu literas dimiſſorias, ſuprà dictum eſt: quibus iungatur *cap.* 4. *vt ſuper, cap. ab eo* 6. *hoc tit. in* 6.

Simi-

Similiter, ne à iudicantibus prohibeatur appellatio, circà initium *cap.* 2. tractatum, eò Lectorem breuitatis cauſa reijcio.

Et hæc de officio iudicis A QVO appellatum ſuffecerint, reliquum eſſe videtur, vt diſpiciamus, quę ad officia iudicis AD QVEM appellatum pertineant.

Ei itaq; † in primis incumbit, vt citationem ad petitionem appellantis, nullo exiſtente defectu, in interpoſitione appellationis decernat, etiam in dubio, periculo tamen partis, *Gail. lib.* 1. *obſ.* 119. *nu.* 6. 116

Quod eò producitur, † vt ſi appellatus, vel iudex A QVO, præueniat appellantē, allegando, cur appellans audiendus non ſit, huic præmaturę petitioni mos gerendus non ſit, cum de iure appellantis nedum conſtet, & in dicta cauſa, commune beneficium per ſimplicem poſtulationem aduerſarij, auſferri non debeat, *Gail, lib.* 1. *obſ.* 31. *nu.* 9. 117

Sin autem † defectus aliquis in formalibus deprehendatur, aut in exceptionibus, contrà appellationis deuolutionem, merita cauſæ diſputentur, id attendi debet, *Ordinat. Cam. Imp. part* 3. §. Vnnd ſonderlich ꝛc. *titul.* 33. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 119. *nu.* 8. & quidem ex officio, maximè ſi deſerta ſit appellatio, etiam parte non petente, *Maranta, hoc titul. part.* 6. *numer.* 409. *cum ſequen. Mynſingerus, centur.* 2. *obſer.* 59. *cent.* 3. *obſeruat.* 42. adeò, vt ſi cum conſenſu partium, de meritis cauſæ cognoſceret iudex appellationis, aut vtraque pars perſequeretur appellationem deſertam, ſententia eſſet nulla, ob defectum iurisdictionis, & prior rata maneret, *Clement. ſi appellationem,* 6. *hoc titul. Gail, lib.* 1. *obſer.* 137. nec confirmatio prioris ſententiæ conceditur, *Ordinatiò Cameræ Auguſtæ Anno* 1500. *habita, fol.* 55. *tit.* Wie ſich ein Appellatus &c. *&* *Ordinat. Cam. Imp. part.* 2. *tit.* 30. §. Vnd ſo alſo in einem ꝛc. quod iuri conſentaneum eſt, *Nouella* 49. *de his qui ingrediuntur &c. cap.* 1. *quid ergò*, verſ. *Volumus enim eum, qui vicit, ſi voluerit, pro veritate firmari ſententiam, non ex circumuentione, nec tempore quodam, ſed ex ipſa rerum veritate &c.* 118

119 Ex officio igitur † deſertio attendenda, aliud eſſet, ſi pars abſoluenda eſſet à citatione, vt ſi appellans nec acta, nec documentum requiſitionis exhibeat, tunc enim abſoluitur à citatione appellatus, *Author praeiud.* in verbo *acta*, *fol.* 4. verſ. *actis in Camera &c.* vbi id præiudicijs confirmat, hæc autem abſolutio ex officio fieri non debet, *Ordin. Cam. Imp. part.* 2. *tit.* 31. §. Es ſollen vnd mögen ꝛc. in verbis, Soll ohn verzüglich der Appellat/ auff ſein Bitt vnd anhalten / von der außgangenen Ladung abſoluirt werden ꝛc. *& par.* 3. *tit.* 31. §. Derwegen dann ꝛc. *in fin.* Quæ confirmantur *receſſ. deputat. Anno* 1600. §. Wann ferners ꝛc. *fol. mihi*, 769. *Author praeiud. Camer.* in verbo, *acta* in *princ.* & verſ. *id autem non fit officio iudicis &c.* & verſ. *fallit in cauſis appellationum &c. fol.* 5. vbi id paſſim præiudicijs confirmat, quamuis de hac re diſputatum ſit, vt colligere eſt ex *tom. Symph.* 2. *par.* 2. *tit. quaeſt. dubiar. fol.* 215. *num.* 7. *cum ſeq.*

Exiſtit & alia differentia, quod deſertio etiam poſt litem conteſtatam, ab appellato opponi poſſit, *Mynſing. cent.* 3. *obſ.* 89. Abſolutio autem à citatione, in primo termino, vel ad proximam peti debeat, aliàs non auditur appellatus, *d. conuentio, Anno* 1600. §. Wann aber der Appellant ꝛc. *fol.* 769 Nec obſtat idem probandum eſſe in deſertione, quod appellatus purè litem conteſtando deſertioni ſi quæ exiſtat, tacite renunciaſſe videatur, prorogando iurisdictionem ad inſtar prorogationum fatalium, quia defectus iurisdictionis, hanc etiam expreſſam prorogationem, non permittit, *Mynſing. centur.* 2. *obſer.* 59.

120 In cauſa appellationis enim, † prorogatio iurisdictionis non habet locum, ſed ex officio pronunciandum, cauſam eſſe deſertam, nec confirmatio prioris ſententiæ, ex ſolo tempore, peti poterit, vti dictum eſt, (refert tamen *Denaiſius*, in verbo, *appellationis deſertio, nu.* 5. appellatione deſerta, ſententiæ confirmationem permiſſam eſſe) neq; de meritis cauſæ cognoſci, etiam accedente conſenſu partium.

Quod

Quod producitur procedere primo, etiamſi animaduertatur, iniuſtam eſſe ſententiam, quod prima ſpecie nimis durum videtur, & alienum ab humanitate, ſed ſi altioribus animis cogitatio demiſſa fuerit, conſentaneum iuri, reperietur, cum iudex AD QVEM, nullam Iuriſdictionem habeat, deſerta appellatione, ſuper cauſa principali, eaq́; non aliter, quam per appellationem ritè & ſecundum leges interpoſitam, ad ipſum deuoluatur, & appellans de ſe potius queri debeat, cur tempora prouocationis, aut ſolemnia appellationis, non obſeruauerit, ita in terminis traditur, *tom. 1. Symph. par. 3. vot. 4. num. 13.* Cum enim deſertio cenſeatur contumacia & delictum, indignus eſt appellans, cui faueatur, vt in ſimili; ratione vtebatur *Papinianus*, quam improbat *I. C. in l. 20. Papinianus, ff. de Minorib. &c.*

Secundo producitur,† etiamſi appellatus velit proſequi per ſe appellationem deſertam, ab vtroq; videlicet, *Clement. ſi appellationem, hoc tit.* ſi enim ipſe, intra fatalia appellationis, pro ſuo intereſſe, proſequi velit appellationem, ratione confirmādæ vel reformandæ ſententiæ, *d. Clement. ſi appellationem &c.* non erit locus, ipſiq; conceditur, etiamſi deſerta ſit appellatio, ex parte appellantis, vt deciſum *Comit. Imp. Anno 94. §.* Wann auch wol 2c. *fol. mihi,* 724. quod Iuri Communi conſentaneū videtur, indignum eſt enim, ob negligentiam appellātis, commune beneficium à legibus conceſſum, appellato auferri, & facit *Nouell. 94. de his qui ingrediuntur &c. cap. 1. quid ergo, verſ. volumus enim &c.* ibi, *etiam deſerente eo qui appellationem obtulit, ingredi, & hoc ipſum accuſare, & quærere deſertorem, & ſiue inuenire eum valuerit, ſiue ille non appareat, ſuas allegationes deducere in medium &c.* Idem habet *Mynſing. cent. 2. obſ. 59.* 121

Quæ dicta ſunt, de deſertione, † eadem transferenda ſunt, ad non deuolutam appellationem, vt ſi ſumma ad definitam qualitatem non accedat, *Nouell. 23. de appellat. cap. 3. illud etiam,* huius ratio ex officio habenda ſit, *Mynſing. centur. 3. obſer. 89. Gail, lib. 1. obſ. 123. num. 2.* quod non ſolum ſi ſumma *Ordinat.* 122

Cam. Imp. ſed etiam ſi priuilegijs ſtatibus Imperij conceſſis, conformis non ſit, intelligendum, nam contra Priuilegia appellationum ſtatibus imperij indulta, appellationes recipi nõ debent; vt ſtatutum *Comitiis Imp. Anno* 70. *habitis*, §. Wir ſetzen/ ordnen/ ꝛc. *fol. mihi*, 613. *& Nouiſſ. Spirenſi conuent. Anno* 1600. §. Wir wöllen auch hiemit ꝛc. *fol. mihi*, 757. *&* §. Vnſers Kayſerlichen Cammergerichts ꝛc. *in fin. fol.* 766. *&* §. Wir ſetzen/ ordnen/ vnd wöllen auch ꝛc. verſic. Jedoch da ein appellatio &c. *fol.* 770.

123 His ita cognitis, bellè tractari poteſt, † pluribus exceptionibus oppoſitis, in vna cauſa, v. g. deſertionis, non deuolutionis, (quæ ſimul proponi debent, Iure Camerali, *Ordinat. Cam. Imp. part.* 3. *tit.* 24. §. *fin. Mynſingerus, cent.* 5. *obſ.* 89.) & quælibet harum ſit releuans, quomodo pronunciandum, an ſuper deſertione, an verò ſuper non deuolutione. Et hoc magis eſt, fauore litium expediendarum, ne data reſtitutione in integrũ, aduerſus deſertionem, proceſſus in puncto reſtitutionis, nullius momenti ſit. Et hanc doctrinam præiudicijs *confirmat Mynſing. cent.* 5. *obſ.* 3.

Videntur tamen inter ſe deſertio, & non deuolutio appellationis differre, & ſuper non deuolutione omninò cognoſci debeat, *arg. d.* §. Wir ſetzen/ ordnen ꝛc. *fol.* 770.

124 Sin autem prior ſententia † confirmanda eſſet, tunc iudex AD QVEM non oppoſita deſertione, priorem ſententiam cõfirmare poſſet, *Mynſing. cent.* 2. *obſ.* 60. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 137. *nu.* 2. *cum ſeq.* vbi hoc aliquot præiudicijs confirmãt, *Tom.* 4. *Symph. par.* 1. *vot.* 10. *nu.* 3. *cum ſeq. & vot.* 1. *poſt nu.* 65. *Auth. præiud. Cam.* in verbo, *appellationis deſertio, fol.* 38. verſ. *proſecutio appellationis &c.* vbi ita aliquoties *in Cam. Imp.* factum eſſe refert; Et ita *Denaiſius, d. c.* 34. §. 5. intelligendus exiſtimatur, imò è re appellati erit, ſententia eius AD QVEM appellatum confirmari priorem ſententiam, quàm ſola deſertione, facilius enim aduerſus eam impetrabitur reſtitutio in integrum, quàm aduerſus rem iudicatam, *Gail. d. loco, num.* 2. *Cuiacius, lib.* 18. *obſ.* 36.

Quare

Quare conſultum erit, vt allegatio deſertionis, ſi quæ exiſtat, prætermittatur, tàm propter confirmationem, prioris ſententiæ, & periculum petendæ reſtitutionis in integrum, qua executio ſententiæ principalis differri poterit, quàm ſi fortè prior ſententia infirmetur, exceptionem nullitatis ſententiæ, ex defectu iurisdictionis, *Mynſing. cent. 3. obſ. 11. in fin.* quæ in ipſa executione opponi poterit.

Secundo ſunt, qui putant Principem poſſe admittere deſertam appellationem, & præfectum Prætorio, cuius vicem Camera Imp. obtinet.

Verum, hoc in Camera non obſeruari, teſtatur *Mynſing cent. 1. obſ. 42.* ſed reſtitutionem in integrum petendam eſſe, licet idem author † *cent. 2. obſ. 60.* putet, appellationem deſertam, 125
vel non deuolutam, retineri poſſe, idque in duobus caſibus factum. Si punctus deſertionis, vel deuolutionis diſcuſſus ſit, per interlocutoriam, maximè ſi partes acquieuerint, *Tom. 1. Symph. par. 2. titul. 17. voto 7. in princip. Notator ad Ordinat. Cam. Imp. ſub nomine Magenhorſt, part. 2. titul. 30. fol. 322.* vbi refert, Iudicem non cenſeri ſe tacitè competentem pronunciare procedendo ad vlteriora, niſi exceptum ſit, de incompetentia, & deſertione.

Ex his colligere eſt, officium iudicis appellationis, vt deſerta, appellatione vel non deuoluta, nec de cauſa principali cognoſcat, nec pronunciare poſſit, de eo, quod cæpit intereſſe pẽdente appellatione, quamuis aliud ſit, ſi ea ſubſiſtat, *Codex Fabr. lib. 7. tit. 16. definit. 7.* non tamen prohibetur, † quo minus ap- 126
pellantem in expenſas condemnet, *cap. reprehenſibilis, 26. cap. 44. ſæpè hoc tit. cap. 1. eod. in 6. Gail, lib. 1. obſ. 137. num. 4. Codex Fabr. lib. 7. tit. 18. defin. 56.*

His ita ſubductis exoritur quæſtio, ad quem iudicem executio appellationis deſerta pertineat?

Omiſſa longiore diſputatione, † concludendum, à iudice, A 127
QVO, exequendã eſſe, ſi ſententiæ exequendæ ius habeat, cum enim deſerta appellatione ipſo iure deuoluatur iurisdictio,

ad

ad iudicem A QVO, *Clement. ſi appellat. hoc tit.* & fingatur appellatum non eſſe, *l fin.* §. *illud*, ibi *tanquam ſi ab initio minimè fuerit prouocatum &c. C. de temp. appell. cap. licet*, 14. *de ſentent. excommunic in 6.* iure executio ſententiæ ad eum ſpectabit, *d* §. *illud, l.* 8. *ſi contrà, l.* 18. *quoniam*, *C. de appellation. Ordin. Camer. Imp. par.* 2. *tit.* 30. § Vnd ſo alſo ꝛc. *circa fin. & par.* 3 *tit.* 50. §. Wo aber appellationes &c. communiter Dd. *ad l. à diuo*, 15. §. *ſententiam*, *ff. de re iud. Marant. part.* 6 *hoc tit. nu.* 200. *cum ſeq. Mynſing. cent.* 4. *obſ.* 94. *& cent.* 5. *obſ.* 94. *Gail, libr.* 1. *obſ.* 113. *nu* 14. *Author præiudic. Cam.* in verbo, *appellationis deſertio fol.* 38. verſic. *cum pronunciatur*, vbi refert, executoriales neceſſarias non eſſe, quod intelligendum, niſi iudex A QVO deneget, aut protrahat ſententiæ executionem, hoc enim caſu mandatum executoriale decernitur, modo inſtrumento aliquo doceatur denegatio, nec ſufficit proteſtatio, latè *Rulant. de Commiſſ. par.* 3. *lib.* 8. *de proceſſ. iud. interr. cap.* 16. *n.* 6. vbi in hanc rem aliquot præiudicia adfert. Videatur *Mynſing. cent.* 6 *obſ.* 24. *Gail, d. loco, nu.* 15.

Et quidem ſententia hoc caſu ſtatim mandāda executioni, *l. quoniam* 18. *C. hoc tit. gloſſ. in l.* 2. *C. de temp. appellat. Mynſing. cent.* 2. *obſ.* 70. vbi refert hanc doctrinam *in Camer. Imp.* receptam eſſe.

Idem iudicium eſt, ſi appellatus abſoluatur ab emanata citatione, nam & hic executio ſententiæ iudicibus A QVO incumbit, cum per ſententiam abſolutoriam à citatione cauſa tacita remittatur, *Author præiudic. Camer.* in verbo *executio*, *folio* 123. verſicul. *nobiles*, vbi id præiudicio confirmat.

128 An autem † idem probandum ſit, priore ſententia confirmata à iudice appellationis, controuertitur.

Et quidem ſi iuris definitionem intuearnur, videtur executionem ſententiæ, ad iudicem A QVO ſpectare, *cap. vt debitus*, 59. *cap cum ſpeciale*, 61, §. *porrò*, *ext. hoc tit. l. præcipimus*, 32. §. *his autem Cod. hoc tit.* & ratio eſt ſecundum *Cuiacium, libr.* 20. *obſer.*

obſ. cap. 36. quia æquum ſit, vt ſententiæ meæ, quam iudex appellationis approbauit, executio, quam appellatio ſuſpenderat, potius ad me redeat, qui iuſtam ſententiam dedi, perindè, ac ſi nulla ſententia interpoſita fuiſſet.

Contrarium autem receptum eſt, *authent. ſi quis litigantium, C. de epiſcopali audientia, Mynſing. cent.* 5. *obſ.* 94 *Gail, lib.* 1. *obſ.* 113. *nu.* 13. vbi refert, hanc communem & receptam Dd. opinionem eſſe, quam approbat *Ordinat. Cam. Imp. par.* 3. *titul.* 50. §. Dieweil aber zu zeiten ꝛc. Idem obtinet, vt prioris ſententiæ reformatæ executio pertineat ad iudicem appellationis, *gloſſ. in l. cum quadam*, 19. in verbo, *exequi, ff de iuriſdict. omn. iud. Benderus, de Reuiſionib. contl.* 24. *nu.* 8. adeò, vt ſi quis ſententiam in *Cam. Imp.* confirmatam exequeretur, cum non ad exequentem ſed ad Cameram confirmantem executio ſpectet, mandatum decernitur, ad reſtituenda omnia in priſtinum ſtatum, & ita decretum refert *Rulantus, de Commiſſ. par.* 3. *lib.* 9. *de remed. conſer. rer. acquiſ. cap.* 19. *nu.* 20.

Quod & procedit in eo, qui propria authoritate iudicatum exequitur, nam reuocata executione, exequens pœnam nomine temeritatis ſuſtinere debet, etiamſi nihil intereſſe condemnati dicatur, ne impunè contempta videatur authoritas iudicis, ad quem executio ſententiæ pertinebat, *l. 6. miles, §. qui iudicati, 2. ff. de re iud. l. 9 dotis, C. ſoluto matrim. l. pignoris,* 11. *C. de pignoratitia actione. Quò pertinet l. extat,* 13. *ff. quod metus cauſa, l. 5. ſi ex, ff. de acquir. poſſeſſ.* cum ſimilibus, *Codex Fabr. lib.* 1. *tit.* 10. *defin.* 3.

Ex his deducitur, ſi quæ difficultas in executione exiſtat, in interpretatione ſententiæ, iudicem AD QVEM ſe interponere non debere, remiſſa cauſa, ad iudicem A QVO, cum iudex appellationis, propter deſertionem, nullam iuriſdictionem habuerit, *Tom.* 1. *Symph. par.* 2. *tit.* 14. *vot.* 2. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 116. *nu.* 8.

Sin autem † in ancipiti vel ambiguo verſetur deſertio appellationis, eam non deſertam pronunciandum, ſemper enim 129

humanior ſententia & via eligenda, per quam non perimatur ius litigandi, & ſemper in dubijs id agendum, vt res quàm tutiſſimo loco ſit, *l. 12. quotiens, l. vbi 21. ff. de rebus dubiis, leg. tertia. proximè, in fin. ff. de his, quæ in teſtam. &c. l. 192. ea quæ, §. in re dubia benigniorem interpretationem ſequi, non minus iuſtius eſt, quàm tutius.* Et in dubijs ſemper benigniora præferenda ſunt, *leg. ſemper quinquageſima ſexta. ff. de regul. iur.* hinc illud *Senecæ,* ſemper *inquit,* quidquid dubium, humanitas declinat in melius.

Et quamuis ſuprà allegatæ leges, maximè ad contractus pertinere videantur, tamen idem iudici faciendum in iudicando, quod verò in dubio, deſertio appellationis intendi non debeat, refert *Maranta hoc titul. de appellat. part. 6. numer.* 408. *Myſingerus, centur. 3. obſer. 22. Tom. 4. Symph. par. 1. voto* 50. *numer. 1. 2. & 7. & Tom. 2. parte 2. voto 26.* & paſſim alibi.

Vnde videtur improbandam eſſe opinionem exiſtimantium, vt licet conſtet de interpoſita appellatione, non tamen præſumi factam, intrà decendium, niſi probetur authoritate *cap. Romana, §. ſi verò hoc tit. in 6.* nam vtrobique eadem ratio militare videtur, & præſumendum, antè horam elapſi decendij appellatum, refertur *in deciſio. Rotæ, 39. Francus, cap. bonæ memoriæ, hoc tit. d. voto 26. nu. 2.*

130 His tamen † non puto tantum deferendum eſſe, quin contrarium ſolidioribus argumentis ſubnixum eſſe ducam, appellanti videlicet incumbere onus probandi, ſe in tempore legitimo appellaſſe, nec id præſumendum, ſed probandum eſſe, intà 10. dies appellatum.

Primo, quia id de ſubſtantia appellationis ſit, ideoq; docendum ab eo, qui ita ſe prouocaſſe aſſerit.

Deindè, quod hoc facti ſit, facta autem non præſumantur *iuribus vulgatis.*

Tertio, quod ſit ſolennitas extrinſeca, quæ probari debeat, *leg. quæcunq. decimatertia. §. vltim. ff. de publiciana in rem actione,*

Dd.

Dd. ad leg. ſciendum, ff. de verbor. obligat. Quare vbi probatio requiritur, præſumptio non ſufficit, quo pertinet illa iuris Theorica, qui in tempore fundamentum conſtituit, & eſt de ſubſtantia, ad obtinendam victoriam (vti hic euenit, conſtare enim debet de temporibus, ſeu formalibus appellationum) tunc eius momenta obſeruari, eaque liquidò & punctualiter, vt loquuntur, probari debent, *leg. 9. cum te, leg. 17. matrem, Cod. de probation. lege eum actum, 17. gloſſ. ibidem ff. de negotiis geſtis*, cum ſimilibus. Et vbi tempus, fundamentum eſt alicuius intentionis, illud præcisè probari debet, & non generaliter, *Menochius, libr. ſecundo. præſumpt. præſumption. quinquageſima numer. decimo nono. & præſumpt. 95. Maſcardus, de probation. vol. 3. concluſ. 135. Codex Fabrianus, libr. quarto. titul. decimo quarto. definit. 33.* vbi ita in Senatu Sabaudiæ definitum refert.

Occurrenti autem † fundantem ſuam intentionem, in tempore, ad illius probationem non adſtringi, qui iuris præſumptionem pro ſe habeat, & appellantem in illa conditione eſſe, ex *l. quoties, ff. de rebus dubiis*, quod in dubio illa interpretatio facienda, vt actus valeat, *per ſuprà allegata*. 131

Reſpondendum eſt, contra appellantem præſumptionem militare, impugnando ſententiam, pro cuius iuſtitia ipſiusq; rectitudine præſumatur, etſi *lex quotiens*, † *ff. de rebus dubiis*, cum ſimilibus, ſuis illecebris, prima fronte, quem delinire poſſit, tamen ad amuſſim reuocata, non idem conſequetur, non enim abſolutè & indifferenter accipienda, quaſi nunquam quis neceſsè habeat, demonſtrare, aut docere, ſolennitates interueniſſe neceſſarias, ſemper enim allegari poſſet, pro validitate actus, interpretationem faciendam, ſed ſi in obſcuro ſit, an in tempore decendij appellatum, quia probationes ſint perplexæ, tunc pro validitate actus, ſeu interpoſitæ appellationis, pronunciandum, non tamen indè conſequens eſt, ſufficere, allegare, actum fuiſſe factum legitimo tempore, nudæ & verbali huic allegationi non ſtandum, 132

ſed requiritur probatio, vbi agitur de ſolennitate extrinſeca.

Quæ opinio amplectenda, licet variè diſputetur, vti videre eſt apud *Lancelottum de attentatis, limit.* 50. *num.* 37. 97. *&* 178. Quare, ſi euidenter conſtet, non prouocatum ſecundum leges, appellatio deſerta pronuncianda, *Mynſing. cent.* 3. *obſer.* 22. *circa princ.* veritas enim in facto, eſt mater iuſtitiæ, in deciſione iuris.

Exoritur hic elegans quæſtio, an iudex appellationis, 133 † omiſſo appellationis articulo, inſtante appellato, reluctante autem appellante, in cauſa principali procedere poſſit?

In qua quæſtione animaduerto, in diuerſas ſententias itum eſſe.

Sunt enim, qui exiſtiment, poſtulationem appellati non iniuſtam videri. Nec deſunt rationum præſidia, quibus horum aſſertio fulciri poteſt.

134 Primo, † quod cognoſcatur ſuper articulo appellationis, verſetur ſolus fauor appellati, cui ſi renunciet, non poterit appellans iure conqueri, cum aſſerat, ab ipſo rectè prouocatum, & per conſequens tota cauſa ad iudicem appellationis deuoluta erit, *cap. vt debitus,* 59. *ext. hoc tit.*

Cui adiungatur & hæc ratio, cum appellans, inuito appellato, appellationi interpoſitæ renunciare poſſit, *cap. interpoſita,* 70. §. *ille,* 2. *ext. hoc tit.* de qua re ſuprà &c. Idem ergo dicendum videtur appellato, ne illi renunciationem concedamus, huic autem ſine cauſa denegemus.

Deniq; quod nihil ab appellante adferri poſſit, quare, prætermiſſo articulo appellationis, cauſa principalis expedienda non ſit, apud iudicem appellationis, non remiſſio cauſæ, ad iudicem A QVO, cum eundem appellando habere recuſet, nec renunciatio appellationis, cum eidem locus non ſit, oblata iudici ſuperiori. *d. cap.* 70. *interpoſita*, §. *ille*, *ext. hoc tit. cap. quamuis*, 10. *de electiion. in* 6. & hanc opinionem præiudicijs confir-

confirmat *Gail, lib.* 1. *obſ.* 136. *Tom.* 2. *par.* 2. *vot.* 20. *nu.* 5. *Tom.* 1. *par.* 3. *vot.* 14. *nu.* 25. *Author praiud. Cam.* in verbo, *appellationis deſertio fol.* 38. *in princ.* vbi refert, non pronunciandum in cauſa, nec in puncto appellationis, videlicet, malè appellatum, benè iudicatum &c.

Quæ tamen declaratur, à quibusdam procedere, vt prætermiſſo appellationis articulo, aut puncto, ſuper cauſa principali pronunciari poſſit, in eo iudice, qui etiam per querelam adiri poſſit, aliàs ſecus, *cap. Romana, de foro competenti, in 6. Gregor. Tholoſan. hoc tit. lib.* 2. *cap.* 14. *nu.* 19. *Tilman. de Benignis, Syntag.* 1. *decad.* 4. *vot.* 1. *nu.* 5.

Non deſunt etiam, qui diſſentiant, omiſſo puncto appellationis, in principali procedendum, etiamſi per viam ſimplicis querelæ, iudex eſſe non poſſit, *Francus, in capit. cordi, hoc titul. in 6.*

Contrariam ſententiam defendunt *Decius, in cap. debitus, ext. de appell. vbi & Molinaeus, in addit.* aſſerit, partium conſenſum requiri, non vnius: Et ita obſeruari in praxi, *Mynſing. cent.* 4. *obſer.* 46. *& cent.* 3. *obſer.* 79. & alij relati *in Tom.* 2. *Symph. part.* 2 *voto* 30. *numer.* 2. *cum ſeq. & tom.* 2. *par.* 3. *tit.* 13. *voto* 1. *fol.* 268.

In cuius opinionis † fundamentum, adducitur *cap. cordi,* 1. 135
vbi communiter *Canoniſtæ, hoc tit. in 6.* quod expreſsè vtriuſq; partis conſenſum requirit. In verbis, *Vel de partium voluntate, omiſſo procedatur in negotio principali &c.*

Secundò ponderari poteſt *cap. Romana* 3. §. *cum autem,* 2. §. *ſententias, penult. & vlt. eodem titul. in ſexto,* vbi ſtatuitur antè omnia legitimè cognoſci debere, de appellationis articulo.

Tertio, appellatio ab interlocutoria odioſa eſt, quia derogat ordinariæ iuriſdictioni, *Papinienſis, in forma appellationis ab interlocut.* verſ. *cauſis & rationib. &c.* quare reſtringenda & non producenda, cum appellatio ab interlocutoria modum deuolutioni faciat, eaq; cauſa determinata ſit, contrà ipſius fidem vlterius non porrigenda.

 Quar-

Digitized by Google

Quarto, appellans; vt prætermiſſo puncto appellationis, procedatur in cauſa principali, non auditur vt refert *Mynſ. cent. 3. obſer.* 79. qui loquitur de appellante, ergò idem ius ſtatuendum in appellato, *Gail, d. lib.* 1. *obſ.* 136. qui mentionem facit de appellato, & *Codex Fabrianus, lib.*3 *tit.*12. *defin.* 25. refert, non appellati ſolius voluntatem ſpectandam, vt cauſæ cognitio ab appellationum iudice retineatur, neq; appellationis poteſtate fieri, vt à iudicis A QVO prouocatum eſt, iurisdictione diſcedatur, niſi quatenus appellatum eſt, id eſt, non ſimpliciter appellatio cognitionem cauſæ ad iudicem appellationis deuoluit, ſed cauſa appellationis, ſeu quatenus appellatum, ne latius pateat effectus, quàm ſua cauſa, nam prius eſt, vt quis habeat iurisdictionem, quam vt quidquam conſtituere poſſit, *leg. quarta. obſeruare,* §. *ſexto. poſt hac, ff. de officio Proconſulis.*

Quibus reſpondet, cauſa appellationis commiſſa, non cenſeri commiſſam cauſam principalem, eò quod hæc acceſſoriè veniat ad illam, quare cauſa appellationis antè negotium principale, omninò expedienda erit.

Quinto, induci poterit & hæc conſideratio, quod etiam expediat appellanti, ſuper appellatione pronunciari, quid enim ſi pœniteat ipſum appellationis interpoſitæ, conſultiusque ſit, cauſam agitari coràm iudice A QVO conceditur appellatio, quam coram iudice AD QVEM vbi ea denegatur, ſi enim retineatur cauſa apud iudicem ſuperiorem, & appellans ſuccumbat, à communi beneficio excluderetur, interpoſita autem cognitione, ſuper appellatione, eaque iniuſta pronunciata, cauſa deuoluitur ad iudicem A QVO, vbi læſus definitiua ſententia iterum prouocare poterit, quod vice verſa non fiet, & ſic excluderetur ab auxilio appellationis, ſi appellato mos gerendus eſſet. Nec obſtat, appellantem alijs remedijs vti poſſe, reuiſionis, ſupplicationis, reſtitutionis in integrum &c. quia pignius eſt remedium appellationis, vnde

de

Digitized by Google

dè ipſi inuito afferendum non erit Huc accedat, quod vt procedatur in alio puncto, quàm à quo appellatum, ſit maximè voluntas illius conſideranda, cui grauamen illatum, per tradita à *Rulanto, par. 3. lib. 8. de proceſſ. iud. interr. cap. 13. nu. 52. verſic. ſi non.*

Sextò, quod ſuperioris iudicis ſit, ſentẽtia inferioris Iudicis, an benè vel malè lata, iudicium ferre potius, quam arbitrio appellati committere, officium enim iudicis appellationis eſt, pronunciare iuſtam aut iniuſtam appellationem, *l. eos, in fin. C. hoc tit.* de qua re infrà.

Deniquè ſuper appellationis articulo, neceſſariò eſſe pronunciandum, euinci videtur ex eo, quod refert *Guido Papa, de appell. nu. 3.* iudicem appellationis, licet competat ſibi iuriſdictio, in territorio iudicis ordinarij, ipſam tamen ligatam eſſe, quia non habeat effectum, niſi appellatione debitè & legitimè interpoſita, facit, *cap. 9. duo, ext. de offic. iudic. ordinar.* & ea poſthabita iuriſdictio vnicuiq; ſua non ſeruaretur, quod hic euenit, nam & intereſſe iudicis inferioris in conſiderationem venit, cui appellatione iniuſta pronunciata, examinatio cauſæ principalis competit, & non iudici AD QVEM, vndè iuriſdictiones volũtate appellati confunderentur, & iudex inferior priuaretur ſua iuriſdictione, quod ferendum non eſt, *cap. 1. ibidem gloſſ. de foro compet. in 6. c. 39. peruenit, 11. q. 1. cap. ſollicita, 6. ext. de maio. & obedient.* Iuriſdictionum enim confuſionem deteſtantur iura, *l. repetita, 41. C. de Epiſcopis & Cler. l. conſulta. 23. C. de teſtam.* nec turbari iuriſdictiones debent, *l. vlt. ff. de iuriſdict. omn. iudic. l. cum, 12. §. 1. ff. de reb. authorit. iud. poſſid.* ſed quilibet inter iuriſdictionis ſuæ fines conſiſtere, *capit. nouit, ext. de iudiciis.*

In hac opinionum conflictatione, † conſtituo ita rem digerendam eſſe, vt ſi cauſa principalis plenè hinc indè in iudicium deducta ſit, ita, vt de meritis cauſæ ſufficienter conſtare poſſit, item ſi manifeſta protelatio appellantis deprehendatur, 136

cum

ſtarum, in d. cap. 1. *& cap. vt debitus,* 59. *ext. hoc tit.* Aliud autem eſſe in Curia Principis, vbi etiam non iuſtificata appellatione, ab interlocutoria, ſoleat retineri cognitio cauſæ principalis, præſtito tamen iuramento ab appellante, nullam ſe habere ſpem conſequendi iuſtitiam, apud Iudicem inferiorem, & ita in praxi receptum eſſe, atteſtatur.

Hinc deduci videtur,† in Conſiſtorio Sũmi Principis, poſthabita cognitione, de iuſtitia appellationis, ab interlocutoria, retineri poſſe negotium principale, maximè ſi interpretatio admittatur, exiſtimantium, deciſionem Summi Pontificis, *in cap.* 1. *hoc tit in* 6. eſſe ſpecialem in ipſomet Principe. 138

Quibus adiungatur & hæc conſideratio, ſi Principi poteſtas concedatur, coràm inferioribus iudicibus, cauſam pendentem auocandi, *iuxta Dd. ad l.* 58 *ff. de iudiciis, Canoniſt. in cap. vt noſtram, extr. hoc tit.* iuſtiori ex cauſa poterit aut eius Curia, Camera &c. quæ eum repræſentat, cauſam principalem, deuolutam ad eam, per appellationem, ea etiam non iuſtificata, retinere.

Perſequamur & reliqua officia iudicis appellationis.

Iuſtificatis itaq; formalibus appellationis, ſecundo †incumbit iudici AD QVEM, vt petitam inhibitionem, ne quid iudex A QVO aut pars innouet, decernat, *cap. Romana,* 3. §. *ſi verò, hoc tit. in* 6. 139

De citatione, vti dictum eſt, nullum dubium, *Gail, lib.* 1. *obſ.* 130. *nu.* 7. *Tom.* 1. *Symph. fol.* 33. Creditur enim narratis, & ſufficit quo ad effectum citationis allegare qualitatem, iurisdictionem fundantem, probare non eſt neceſſe, *communiter Dd. ad l. cum quædam,* §. *quoties, ff. de iurisdictione omn. iud.* idq; regulariter *in Cam. Imp.* obſeruari, teſtatur *Mynſing. cent.* 2. *obſ* 9. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 31. licet quidam diſſentiant, exiſtimantes, de qualitate, quæ iurisdictionem fundet, conſtare debere ſaltem ſummariè, ſed prior opinio recepta eſt: ſi itaq; viua voce appellatũ ſit, & tenor & dies ſententiæ ſupplici libello inſeratur, pro iuſtificationeq; formalium ad acta quis ſe referat, citatio decerni-

cernitur, ſin ex interuallo prouocatum, ad eam obtinendam, inſtrumentum appellationis, ſeu libellus appellatorius adferendus, de quo ſuprà *cap.* 5.

Fallit in cauſis pauperum, vbi non citatio, ſed tantum compulſoriales decernuntur, de qua re *in Ordin. Cam. Imp. par.* 1. *titul.* 41. *& nouiſſ. Spiren. conuent. Anno* 1600. §. **Dann ob wol** *&c. fol.* 755.

Quatenus autem inhibitio decernenda, variè ſcripſere Interpretes, vti videre eſt apud *Lancelot. de attentatis, cap.* 20. *de attentatis, poſt appellationem, nu.* 112.

Pro exactiore cognitione ſequentes regulæ obſeruandæ ſunt.

140 Si à definitiua † vel interlocutoria, vim definitiuæ habente, ſecundum legem prouocatum ſit, vna cum citatione, inhibitio concedenda, *Gail, lib.* 1. *obſ.* 130. *num.* 7. *& obſer.* 144. ſiue delatum ſit appellationi, ſiue non, quamuis enim ea etiam non emanata, iudex A QVO nihil innouare debeat, cum per appellationem, ab ipſius poteſtate, eximatur, *capit. paſtoralis*, §. *ſi verum, hoc titul.* tamen abundans cautela non nocet, & ita decretam refert author *præiudic. Camer.* in verbo *inhibitio, folio* 149. verſ. *quando appellation. &c.* emanata enim inhibitione, non ſolum attentata reuocantur, ſi appellatio inſinuata ſit, *Ordinatio Cam. Imp. par.* 2. *tit.* 29. §. *penult.* ſed etiam in pœnam inſinuatæ inhibitioni inſertam, innouans declarari poteſt, *Ordinat. Camer. Imper. part.* 3. *titul.* 31. §. **So mit vnd neben** &c. aliàs inhibitioni vtilitas non conſtaret, cum abſque ea attentata reuocanda ſint, poteſt, *inquam*, peti, & reuocatio attentatorum, & pœnæ ſimul impoſitio, *argumen. l. ſi pro fure*, 7. §. 1. *furti, ff. de condict. furtiua. Mindanus, de mandatis, libr.* 2. *capit.* 24.

Nec obſtat, appellantem alterutra contentum eſſe debere, reuocatione attentatorum, aut declaratione pœnæ, *argumen. l.* 4. *apud Celſum*, §. 7. *labeo, ait, ff. de doli mali except. iuncta l.* 10. *reſcriptum*, §. *primo. ſi actio, ff. de pactis*, Non *inquam* obſtat, id enim

enim natura ſtipulationis pœnalis conciliat, de qua re interpretes, *l. 115. ita ſtipulatus, ff. de verb. obligat.* ibidem *Donellus, numer. trigeſimo ſeptimo.* facta tamen alternatiua petitione, vt vel pœna adiudicetur, vel attentata reuocentur, aliud probandum eſſet, *Tom. 4. Symphor. voto 50.* verſicul. 2. *principaliter.*

Declaratur autem † ſuperior regula non procedere, ſi contra ius ſit interpoſita, aut iure prohibita ſit appellatio, hinc denegata inhibitio, interpoſita appellatione, à ſententia arbitri, *Mindanus, de mandatis, lib. 2. cap. 27. nu. 7.* quia ea de iure interdicta, niſi in cauſa nullitatis, vel enormiſſimæ læſionis, de qua re ſuprà *in cap. 4.* 141

Secundo, non habet locum, ſi iuriſdictio in dubium vocetur, *cap. Romana, §. ſi verò, cum ſeq. hoc tit. in 6.*

Tertio, ſi quęſtio de interdicto retinendę poſſeſſionis proponatur, *Mynſing. cent. 3. obſ. 87. Gail, lib. 1. obſ. 144.*

Quæ tres declarationes *Comitiis Imper. Anno 94.* habitis, §. Die inhibitiones &c. confirmatæ ſunt, *fol. mihi. 724.*

Vltimæ tamen declarationi non eſt locus, reſpectu iudicis, cui inhiberi poteſt etiam in interdicto retinendæ poſſeſſionis. *Author præiud. Camer.* in verbo, *inhibitio,* verſ. *quamuis in poſſeſſorio &c. fol 149. & fol. 152* verſ. *ſi appellatur,* vbi hoc aliquot pręiudicijs confirmat, aliàs generaliter † nunquam inhibendum appellato, (niſi in ipſo deprehendatur perfidia, vt infrà patebit) pendente cognitione appellationis, quia per inhibitionem præiudicium cauſæ principali inferreretur, quod iure improbatur, tàm in cauſis ſimplicis querelæ, quàm appellationis, ideoque inhibitio deneganda, *Tom. 5. Symphor. supplicat. 56. fol. 279. Author præiudic. Camer.* in verbo *inhibitio,* verſ. *inhibitio an pendente &c.* vbi id præiudicijs confirmat *fol. 152.* quia huiuſmodi inhibitio ad deciſionẽ cauſę principalis pertineret, & lite adhuc indeciſa, quis priuaretur ſua poſſeſſione, nec continuando poſſeſſionem pars in pręiudicium litis innouaſſe cenſetur, ſed potius vetere iure vti, *Codex Fabrianus,* 142

lib. 1. *tit.* 10. *defin.* 11. vbi ita in Senatu Sabaudiæ definitum refert.

143 Quin imò † ſi ipſi foret inhibitum, nihilominus tamen citrà pœnam attentatorum, poſſeſſionem, non obſtante inhibitione, continuare poteſt, *Mandoſius, de inhibitione, q.* 23. *&* 46. Neq; continuans, aut ius ſuum proſequens, & faciens quod ſolitus erat, lite nedum incepta, attentare dicitur, *cap.* 1. *vt lite pendente &c. cap. cum perſonæ,* 7 *circa fin. de priuilegiis in* 6. *Denaiſius,* in verbo, *attentata, nu.* 5. *Tom.* 1. *Symph. par.* 1. *voto* 1. *titul.* 7. *de litigioſa poſſeſſ. Tom.* 2 *par.* 1. *vot* 25. *Tilman de Benign. Syntag.* 1. *decad.* 1. *vot.* 10 *fol.* 97. *Syntag.* 4 *decad.* 2 *vot.* 10 *latè Lancelot. de attentatis, c* 4. *par.* 2. *limitat.* 1. vbi examinat, an continuando poſſeſſionem, poſt inhibitionem quis attentare dicatur, imò is attentare dicitur, qui prohibet, ne quis poſſeſſionem continuet, quare nullus tenetur deſiſtere, à proſecutione ſui iuris, propter contradictionem aduerſarij, aūt appellationem interpoſitam, imò deſiperet, qui hoc faceret, vt decidit *Rota deciſ.* 44. *de appell. num.* 1. *&* 2. nec ex Reſcripto quidem Imperiali, in poſſeſſione ſua, quis turbandus eſt, *l. fin. C ſi per vim, d. cap.* 7. *cum perſonæ, Gail; lib* 1. *obſ.* 145. *poſt nu.* 2. *& obſ.* 147. *nu.* 2.

In eadem conditione eſt mandatum, pro immiſſione in poſſeſſionem, hoc enim ſine cauſæ cognitione concedendum non eſt, quia nemo ſine hac, commodo poſſeſſionis priuandus eſt, *Rulantus, de Commiſſ. par.* 3. *lib.* 3. *de interrog. gener. mod. acqu. c.* 1. *de poſſeſſ. interrog n.* 49. vbi in hanc rem præiudicium, adfert, *Codex Fabr. lib.* 1. *tit.* 10. *defin.* 9.

144 Idem iudicium eſt, † ſi petatur ſequeſtratio, quia cum ea cōcernat cauſam principalem, nihil antè deciſionem ipſius ſtatuendum, alias per modum ſequeſtrationis quis conſequeretur, quod per definitiuam ſe conſecuturum ſperat, de quo ſub iudice adhuc lis eſt, ideoq; petita ſequeſtratio deneganda, *gloſſ. in cap.* 2. in verbo, *ſequeſtrari, ext. de ſequeſt. poſſeſſ.* ibidem *Canoniſtæ,* & ita denegatam, refertur *Tom.* 1. *Symph. part.* 1. *tit.* 6.

de ſe-

de ſequeſt. vot. 3. in fin. Rulant. de Commiſſ. par. 3. lib. 5. de contract. remed. &c. cap. 5. de ſequeſt. remed. vbi *num. 2.* requiſita ſequeſtrationis refert, aut ea conceſſa, iuſta cauſa appellandi eſt, *Author præiud. Cam.* in verbo, *appellare à quibus &c.* verſic. *appellari poteſt à ſententia &c. fol* 34. vbi præiudicium adfert, & *Rulant. lib. 8 de Interr. contract. qui re &c. cap. 5 de ſequeſt. interrog.* vbi poſt *nu.* 12. refert ab hac ſententia appellari poſſe, maxime, ſi ex ſequeſtratione decreta à iudice, priuaretur quis commodo ſuæ poſſeſſionis, tunc non ſequeſtratio ſed ſpoliatio cenſenda, & ijsdem actionibus & remedijs vteretur ad poſſeſſionem recuperandam, quibus vti poſſet, ſi ab aduerſario ſuo ſpoliatus proponeretur, *Codex Fabr. lib* 8. *tit.* 3. *defin.* 16.

Ratio ſuperiorum eſt, quia rei petitæ poſſeſſio aufferenda non ſit reo, nec per ſequeſtrationem interpellenda, antequam probauerit actor, quod intendit & conuictus ſit reus, oportet, *inquiunt Imperatores.* Debitorem primo conuinci, & ſic deindè ad ſolutionem pulſari, quam rem non tantum iuris ratio, ſed etiam ipſa æquitas perſuadet &c. *in leg. vnica, Cod. de ſequeſtr. pecun.*

Idem probandum † eſſe exiſtimatur in bonorum deſcriptione, vt ad eam, niſi ex grauiſſima cauſa deueniendum non ſit, facultates litigantium adhuc controuerſia pendente inquietari, deſcribiq; fas non eſſe &c. *inquit* Imperator Conſtantinus, *in l. 7. defenſionis, C. de iure fiſci, & in l. 2. meminimus, Cod. quando & quibus quarta pars &c. titul.* 34. *lib.* 10. *ibi.* Quid enim tàm durum, tamq; inhumanum eſt, quàm publicatione pompaq; rerum familiarum, & paupertatis detegi vilitatem, & inuidiæ exponere diuitias &c. & *l.* 2. *quod plerumq,* in verbis, Ne ſecreta patrimonij, & ſuſpectum æs alienum pandantur &c. *C. de alimentis pupillo præſtand.* & faciat *l. cum plures,* 15. verſic. *ego puto, ff. de authorit. iud. poßid.* & ita iudicatum refert *Rulantus, lib. 5. de contract. remed. cap. 5. nu.* 22. 145

Cæterum, † cum nulla iuris definitio ſit, quæ ex cauſis & circumſtantijs moderationem ſuam non recipiat, ita & hic eue- 146

nire

nire videmus, vndè animaduertendum, ſi allegata & probata ſit diſſipatio, quamuis vſitatum non ſit, poſt appellationem rem, de qua diſceptatio ſit, deponi, tamen ſi timor ſit, ne debitor res cōtrouerſas ꝓfundat, æquū eſt, apud ſequeſtrū deponi, *l. 21. Imperatores, §. fin. ff. hoc tit. l. ſi cum dotem, 22. §. 8. ſi vero dotem ita diſſipaturus, ff. ſoluto matrimonio, Paulus, lib. 5. ſententiarum, tit. penult. cap. vlt ext. de ſequeſtrat. poſſeſſ.*

Dixi *ſi diſſipatio probetur*, nam nuda depopulatio fructuum, non efficit, vt res in hác cauſam deduci poſſit, ſed idonea probatio exigitur, *d. §. ſi vero dotem, Gail, lib. 1. obſ. 147. nu. 5.* vbi refert dilapidationem probandam eſſe, *Rulant. par. 3. lib. 4. de interr. contract. qui re, &c. cap. 5. de ſequeſt. interrog. nu. 17.*

147 Idem obtinet, † ſi res, de qua controuerſia, deterior ex mora, reddi, aut omninò perire poſſit, tūc implorato officio iudicis res vendi & pretiū eius loco, ſequeſtrari poterit. *l. vlt. mandatis, §. & intra annum ff. de requir. reis,* vbi *I. C.* refert, Sancitum eſſe, ſi qua ſint, quæ aut mora deteriora fiunt, aut aliquo modo intereunt, venire debere preciumq́; eorū in depoſito eſſe, *l. diuus 5 ff. de petit. hæred. l. 30 litibus, §. fin autē, 2. C. de agricolis cenſitis, lib. 11, tit. 47.* ita tamē, vt pretium rei venditę, ſub idonea cautione, reſtituatur ei, qui in poſſeſſione rei fuerit, *l. S. C 16 ff de offic. Præſid. l. fin. C. de ordine cognitionum, cap. penult. de donationib. inter virum & vxorem &c.* niſi alia & iuri cauſa cognita ſequeſtrationem ſuadeat, iudex enim, appellatione pendente, cum poſſeſſor eſt certus, ſine iuſta, rixæ, contentionis, dilapidationis, fugę, ſuſpicionis, ſimiliq́; legibus cognita cauſa, nec ad ſequeſtrationem aut inhibitionem procedere debet. *Benderus, de reuiſionib. concluſ.* 20. *nu.* 131. *&* 392 *cum ſeq.* videatur & *Mynſing. centur. 2. obſ. 11. Gail, lib. 1. obſ. 147. cum ſeq. Coraſius Miſcellan. iur. cap. 2. nu. 9. cum ſeq. Robertus, lib. 1 ſententiæ: cap. 5.* communite. Dd. *ad l. vnicam, C. de ſequeſtr. poſſ.*

Tali autem cauſa interueniente, permittitur ſequeſtratio,
148 † quæ quamuis oblata ſatiſdatione tolli poſſit, *Mynſing cent. 2. obſ. 11. Rulant par. 3. lib. 4. de interr. contract. &c. cap. 5. de ſequeſt. interrog.*

terrog. nu. 36. *Auth. præiud. Cam.* in verbo, *ſequeſtratio*, verſ. *etiamſi ritè, fol.* 322. vbi hoc præiudicijs confirmant, ſi tamen perſona ſuſpecta ſit, ſequeſtratio nec impediri, nec tolli debet, oblata ſatisdatione, quia ſatisdatio ꝓpoſitũ maleuolũ nõ mutat, ſed diutius graſſandi in re facultatem prꝙſtat, vt ait elegãter *I.C. in l. quia ſatisdatio, ff. de ſuſpectis Tutor. l. teſtamen.* 17. §. *non omnimodo*, 1. *ff. de teſtam. tutela, Cod. Fabr. lib.* 7. *tit.* 19. *defin.* 8.

Idem ꝓbandum eſt, ſi doceatur appellantis irreparabile dãnum verti, vt puta, Syluam excidendo, deuaſtando &c. hoc.n. caſu, nedum per viam appellationis, ſed etiã ſimplicis querelæ, ꝓcedi poteſt inhibendo, & ſequeſtrando, *Ordin. Cam. Imp. par.* 2. *tit.* 23. & ita intelligi poterit *cap. quoties*, 26. 2. *q.* 6.

Secunda regula, † in appellatione, ab interlocutoria ſimplici, appellabili tamen, non concedenda inhibitio, niſi deuoluta & accepta cauſa appellationis, neceſſè eſt, vt nedũ de interpoſita appellatione, ſed etiam, de deuolutione, de veritate grauaminis, ſeu cauſæ in appellatione expreſſæ, aut iuſtitia appellationis conſtet, vnde, quãdiu cognoſcitur, an cauſa ſit deuoluta, an appellatio recipienda, & in puncto cõpetentiæ, iurisdictio iudicis appellationis diſputatur, ea non decernẽda, donec pro iuriſdictione ꝓnunciatur, hocq́; dubiũ definitũ ſit, q̃a cognitio, an ſit iudex, omne exercitium iuriſdictionis p̃cedere debet, *cap. Romana*, §. *ſi verò*, ibidem *Canoniſtæ, hoc tit. in* 6. *cap.* 20. *ſuper literis, circa fin. cap. dilectus.* 39. *ext. de reſcriptis, Mynſing. cent.* 3. *obſ.* 87. *nu.* 2. *cum ſeq. Gail, lib.* 1. *obſ.* 144. *nu.* 4. 149

Requiritur, † *inquam*, hic, vt inhibitio ſit canonica, *id eſt*, vt decernatur cũ cauſæ cognitione, quæ in eo verſatur, vt conſtet de fundata iurisdictione, de appellationis deuolutione, *cap. non ſolum*, ibidem *Canoniſtæ hoc tit. in* 6 *Herculanus, de attentatis, cap.* 28. *nu.* 6. *&* 7. quare emanata absq; prꝙcedente cognitione, nullius erit momenti, *Mandoſius, de inhibitione, quæſt.* 25. nec operabitur ſuum effectum, quod exemplo declarat *Herculanus, d. loc. num.* 20. *&* 55. vbi refert hoc caſu, inhibitionem non operari, annulationem Proceſſus, non facilè tamen condemnenda, ſed in- 150

ſtari;

ſtari debet, pro reuocatione inhibitionis, aliàs periculum eſſet de pœna & attentatum reuocari poſſet, hoc enim operatur inhibitio, vt poſt inhibitionem emanatam, reuocationi attentatorum locus ſit, licet aliàs non eſſet, *Herculanus d. cap. 28. numer. 2.*

Nec oberit, ſi obijciatur, iniuſtam fuiſſe inhibitionem, nam reuocatis attentatis, demum de iuſtitia inhibitionis diſputandum, *Mandoſius, de inhibitione, q.* 20. ne ſi aliter obſeruetur, inuenta ſit ratio, quemadmodum authoritas iudicis appellationis circumſcribatur, magis enim contemptus iudicis, quàm ius agentis, aut læſio iuris vel partis conſideranda, *Lancelottus, de attentatis in præfatione, nu. 52. & cap.* 20. *ampliat.* 11. vbi tractat, *an inhibitio iniuſta faciat attentata.*

151 Verum † *Comitiis Imperij Anno* 94. habitis, §. Wann aber/ von gemeiner ꝛc. *fol. mihi*, 724. res ita deciſa eſt, vt extrà caſum euidentis periculi in mora, aut damni irreparabilis, iſq́; doceatur, non concedatur inhibitio, vt ſi comminatio banni &c. decreto aut ſententiæ interlocutoriæ annexa ſit, *Author praeiud. Cam.* in verbo, *inhibitio*, verſic. *licet in cauſis, fol.* 153.

Declaratur autem, hæc regula, non procedere, ſi appellatio interpoſita ſit à ſententia competentiæ, quæ etſi interlocutoria ſit, ſi tamen tertius ſe interponat, ratione priuilegij, decernitur inhibitio, *Tom.* 1. *Symph. par.* 2. *tit.* 14. *ſupplic.* 2. *iuncta ſupplic.* 8. *fol.* 284. *Tom.* 4. *par.* 2. *ſupplic.* 60. *fol.* 58. *Tom.* 5. *ſupplic.* 7. *fol.* 204. *Author praiud. Cam.* in verbo, *Inhibitio*, verſic. *fallit, fol.* 149. vbi paſſim præiudicia in hanc rem adferuntur.

Et hęc de ſententijs. Sin autem de extraiudiciali appellatione, quæſtio proponatur.

152 Sit tertia regula, † inhibitionem non eſſe concedendam, *Gail, lib.* 1. *obſ.* 144. *nu.* 8. *Rulant. de Commiſſ. par.* 3. *lib.* 8. *de Proceſſ. iud. interrog. cap.* 13. *nu.* 17.

Dictis verò *Comitiis Imperij*, §. Wann aber ꝛc. verſic. Alſo ſoll auch in extraiudicialib. &c. ſtatutum, tum demum ius inhibendi eſſe, cum de iuriſdictione fundata, & appellatione ritè

inter-

interpoſita, lite conteſtata, aut ſaltem audita altera parte conſtiterit, quod iuri conſentaneum eſt, *Lancelottus, de attentatis, cap.* 20. *nu.* 133. *&* 144. *cum ſeq.* vbi probat, verificandam eſſe appellationem, quare præcedere debet cognitio cauſæ, ſuper iuſtitia appellationis, & citatio partis, aliàs inhibitio non valeret, *Maranta, part. 6. ext. hoc titul. numer.* 207. vbi ex mente *Alexandri* hanc communem opinionem refert, *Mynſing. cent.* 3. *obſ* 87.

Alio tamen iure vtimur,† in decernenda enim inhibitione, non opus eſt citatione partis, *Mandoſius, de inhibit. quæſt.* 18. *Lancelottus, de attentatis, cap.* 20. *de attentatis, poſt inhibitionem, nu.* 202. *cum ſeq.* 153

Porrò, † ſi grauans conſiderari poſſit, tanquam Iudex & pars ſimul, tunc inhibitio decernitur, etiam in extraiudiciali grauamine, & appellatione, vt refert *Author præiud. Cam.* in verbo, *inhibitio, verſ. quando Iudex conſiderari &c. fol.* 151. 154

Secundo, ſi vigore ſtatuti ſententia ſtatim executioni mãdari debeat, aut deniq; irreparabile damnum inferatur, per extraiudiciale grauamen: His enim caſibus, concedendam inhibitionem, præiudicijs confirmat *Author præiud. Cam.* in verbo, *inhibitio*, verſ. *item quando, fol.* 151. & verſic. *ſi appellatur ab extraiudiciali &c. fol.* 152. Quatenus autem † extraiudiciales appellationes, in Camera recipiantur, acriter diſputatum refert *Rulant. de Commiſſ. lib.* 8 *de proceſſ. iud. interr. c.* 13 *poſt num.* 17. vbi refert, intereſſe, an ſimplex præceptum magiſtratus ſit, an verò annexam mulctam habeat. 155

Hoc caſu appellationem admiſſam, priori verò, variè obſeruatum.

Verum *Conſtitutionibus Imperij Anno* 94. §. Darumb ſetzen &c. *fol.* 724. definitum, Daß auff ſolche extraiudicial Appellation/es were dann daſſelbig grauamen zuuorderſt veriſimiliter erwieſen/ vnd das der Magiſtrat / tanquam Iudex procediert hette / kein Proceß oder Ladung erkennt werden ſollen &c. *id eſt*, ſubditis à Magiſtratu extraiudicialiter appellantib.

 niſi

niſi grauamen veriſimiliter prius probetur, & ab eo, tanquàm iudice, illatum eſſe, demonſtretur, Proceſſus nulli decernendi ſint.

156 Ex his quæri poſſet, † an allegans in ſupplici libello periculum in mora, audiendus ſit? Et ita conſtitutum *Comitiis Imper. Anno 66.* habitis §. So declariren ꝛc. *fol.* 570. vt ſi de eo tamen in Proceſſu non conſtet, ſupplicans, nomine temeritatis pœna arbitraria coerceri debeat: quod autem ad hanc materiam attinet, de inhibitione, *Comit. Anno* 94. habitis. §. Wann aber von einer ꝛc. *circa principium*, Sancitum, periculum docendum eſſe.

Hic non incommodè inquiritur, an inhibitio in cauſa nullitatis decernenda?

157 Pro cuius quæſtionis cognitione † ſciendum eſt, vt ſi ſecundum leges non ſit appellatum, aut ratione Priuilegij, appellatio non deuoluta, vel deſerta, quosdam eo remedij confugere, vt ſuper nullitate ſententiæ principaliter agant, quod fieri poſſe, conſtat *ex cap. licet,* 14. *de ſentent. excommun. in* 6. ibidem *Canoniſtæ, cap. inter cæteras &c* 9 *ext. de ſentent. & re iud. Gail, lib.* 1. *obſ.* 127. *nu.* 8. *& obſ.* 135. *Mynſing. cent.* 2. *obſ.* 77. *cent.* 4. *obſ.* 63. *cent.* 5. *obſ.* 91.

Nam & remota appellatione, † de nullitate agi poſſe apud iudicem appellationis, principaliter eam intentando, non autem acceſſoriè, multis authoritatibus & præiudicijs confirmat *Graueus, ad Gail, concluſ.* 135 *nu* 6. quod tamen de ſumma non conforme ordinationi exaudiendum non eſt, hic enim nec nullitas principaliter, nec reſtitutio in integrum, intentari poteſt, vt diſpoſitum *Comitiis Imperij, Anno* 70. §. Einer maſſen ꝛc. *fol. mihi &c.* 613. & confirmatum, *Anno* 1600. §. Wir wöllen auch ꝛc. *fol.* 756. ſed iudex inferior, per modum ſupplicationis, adeundus eſt, §. Es ſoll aber ꝛc. *dicto receſſ. deputat. Anno* 1600. *fol* 757.

159 De hac itaque ſumma quæſtio eſt, † quæ priuilegio non ſit conformis, *per allegata à Gail, libr.* 1. *obſeruat.* 135. an nullitate

tate in iudicium principaliter deducta, inhibitio concedenda ſit?

De citatione non eſt dubium, ſi nullitates releuantes in ſpecie exprimantur. *Ordinat. Camer. Imper part. 3. tit 34. §. fin. Rulantus, de Commiſſariis, part. 3. lib. 8. de Proceſſ. iud. interr. capit. 15. nu 6.* vbi refert, Proceſſus denegatos, quia nullitas in ſpecie non fuerit expreſſa, *Author præiud. Cam.* in verbo, *nullitas*, verſic. *ſuper nullitate*, & verſic. *& ita Proceſſus &c.* vbi idipſum præiudicijs confirmat, & etiamſi appellationi & ſupplicationi renunciatum ſit, ratione tamen nullitatis principaliter impetrari citationem præiudicijs confirmat *Notator ad Camer. Imperialem, parte ſecunda. titul. vigeſimo octauo. fol.* 268. Maior autem difficultas eſt, circa inhibitionem, quam tamen non decernendã verius eſt, quia cum ſententia tranſiuerit in rem iudicatam, eius executio impedienda non eſt, prætextu nullitatis, vnde nec inhibitio, per quam impeditur executio habebit locum, *Clemen.* 1. *de re iudicata*, *Gail, lib.* 1. *obſ.* 127. *nu.* 10. *& obſ.* 144. *nu.* 6. vbi refert, pro regula *in Cam. Imp.* obſeruari, inhibitionem, in cauſis nullitatis, non eſſe decernendam, idem iudicium eſt, ſi quis in cauſa criminali principaliter, nullitatẽ Proceſſus intentare vellet, *Mynſing. cent.* 4. *obſ.* 41. niſi notoria † ſit 160 nullitas, allegatur *l. ſi feriatis 6 ff. de feriis &c. l. ſi Prætor &c* 75. verſic. *Marcellus, ff. de iudiciis, l. iudicati fin. C. ſi ex falſis inſtrum.* tunc enim præſumptio pro Iudice, eiusque ſententia ceſſat, *Bartholus, Iaſon.* & ibidem *Zaſius, in leg. quarta §. condemnatum, ff. de re iud.* aut incontinenti probari poſſit, vt ſi ex actis conſtet, condemnatum non citatum, aut de incompetentia iudicis &c. hic enim tàm in cauſa ciuili, quam criminali, inhibitionem decerni, confirmat præiudicijs *Rulantus, de Commiſſariis, libr. ſecundo. in puncto Commiſſio. parte tertia. lit. A. Tom. primo. Symphor. part. ſecunda titul.* 17. *voto*, 1. *num* 7. 13. 21. *fol.* 38 *Tom. ſecundo. Symphorem. part. tertia. titul. decimo. voto* 3 *numer.* 14. *Author præiud. Cam.* in verbo, *inhibitio*, verſ. *inhiberi quoq; poteſt &c. fol.* 151. *Mynſingerus cent.* 4. *obſeruat.* 64.

vbi paſſim hæc præiudicijs confirmantur, *Mandoſius, de inhibitione, q. 24.* vbi hanc concluſionem veram eſſe refert, videlicet ſi ex actis conſtet nullitas, aut in continenti probari poſſit, à iudice nullitatis inhibitione emanata, executionem impediri, *Notator ad Ordin. Cam. Imp. par. 3. tit. 34. fol. 453.* vbi in hanc rem præiudicium adfert.

161 Secundo, † ſi allegetur, & doceatur periculum in mora, aut damnum irreparabile verſari, pendente quæſtione nullitatis, inhibitione non decreta, in quam rem videatur elegans ſupplicatio, cum annexo decreto, *Tom. 2. Symph. par. 3 ſupplic. 4. fol. 78.*

Animaduertendum autem, in decernenda inhibitione, à quibus iudicibus ſit interpoſita prouocatio, ea enim facta, à Commiſſarijs Cæſaris, non facilè decerni inhibitionem, *in Camera Imperiali*, refert, & confirmat præiudicio *Authòr deciſion. Camer.* in verbo, *inhibitio*, verſicul. *inhibitio non facilè, fol. 153.*

Idem probandum, ſi à Commiſſarijs deputatis, ad examinandos teſtes, prouocetur, inhibitio enim deneganda, maximè in Commiſſionibus, ad perpetuam rei memoriam, *Rulantus, de Commiſſar. libr. 5. de Proceſſ. poſt tradit. cap. 14. & lib. 1. de Commiſſionib. ad perpetuam rei memoriam, cap. 16. nu. 2. cum ſequen.*

Hactenus, occupati fuimus, quatenus inhibitio decernenda in Terris Imperij, quò referri debet doctrina Interpretum, in omni caſu, quo quis grauari timeat, inhibitionem obtinere, officium iudicis ad hoc implorando, *l. 3. ſi Pater, C. qui bonis cedere &c. Bartholus, in l. fin. ff. quod metus cauſa.*

162 Vnde *Trid. Conc.* † ſtatuit *Seſſion. 24. cap. 20.* inhibitionem non concedendam, niſi à definitiua, vel habente vim definitiuę, & cuius grauamen, per appellationem à definitiua, reparari nequeat.

Nunc videamus, qui effectus inhibitioni attribuantur.

Prima vtilitas itaque erit, vt faciat actum illicitum, qui aliàs

eſſet

eſſet licitus, exemplis illuſtrat *Lancelottus, de attentatis, cap.* 20. *ampliat.* 1.

Secundo, † quod ea in tantum iuriſdictio Iudicis ſuſpendatur, vt ſi quidam ex conſortibus, coràm priore iudice comparéant, & quaſi de nouo iudicium exoriantur; talis proceſſus non ſubſiſtat, *Mandoſius, tract. de inhibition. q.* 122. *Mynſing. reſponſo,* 8. *decad.* 1. 163

An ne autem emanata inhibitio ſufficiet, an verò inſinuatio eiusdem requiretur?

Subdubitant nonnulli: Et quidem videtur † inhibitionem duntaxat decretam, niſi fuerit actualiter executa, non facere attentata; tempus, *inquam,* inſinuatæ & præſentatæ, non autem decretæ inhibitionis attendi. *Clementina,* 2. ibidem *Canoniſtæ, vt lite pendente &c. Lancelottus de attentatis, c.* 20. *limit* 30. *& par.* 2. *cap.* 4. *de attentatis, lite pendente, num.* 35. *&* 90. quare antè vel intrà decretam, vel inſinuatam inhibitionem, acta pro attentatis cenſeri nequeunt; nec inhibitio ad ea pertinet regulariter; nam interpoſita appellatione à definitiua, etiam non emanata inhibitione, intrà tempus appellationis attentata reuocantur, *cap. non ſolum,* 7. ibidem *Canoniſtæ, hoc tit. in* 6. Videatur tamen *Mandoſius, de inhibitione, q.* 96. 164

Tertius effectus inhibitionis, vt innouatione facta, omnia reuocentur, manente pœna, mandato inſerta, nam iudicem defendere poſſe iuriſdictionem ſuam pœnali iudicio, & crimē concuſſionis prohibere, conſtàt ex notatis ad *leg. vnicam, ff. ſi quis ius dicenti &c. Mandoſius, de inhibit. q.* 44. *Mindanus, lib.* 2. *de mandatis cap.* 29.

Et arctiores † Inhibitiones ſub pœna banni decerni poſſe, non quidem vt in pœnas priori inhibitioni inſertas, ſtatim innouantes declarentur, ſed noua petitio requiratur, pro arctiore inhibitione, annexà Citatione, ad vidēdum ſe declarari in pœnas prioribus inhibitionibus inſertas &c. *Gail, lib.* 1. *obſer.* 134. *nu* 7. 8. 9. *&* 10. *Auth. præiud. Cam.* in verbo, *inhibitio,* verſic. *arctiores, fol.* 151. & verſic. *quæſtio, fol.* 153. Hæc tamen arctior inhibitio 165

hibitio concedenda non videtur, ſi emanatis ſimplicibus iuriſdictio iudicis appellationis denegetur, oppoſitis exceptionibus, ea enim in controuerſiam vocata, nec ad pœnam commiſſam, propter non paritionem, agēdum, nec vlteriores proceſſus decernendi, alias eſſent ipſo iure nulli, *Speculator titul. de appellat. §. de officio,* verſ. *ſed quæritur &c.* ideoque exceptiones propoſitæ diſcutiendæ ſunt, de qua re *Tom. 2. Symph. par. 2. voto 31. per totum, fol.* 119.

166 Quæret aliquis,† ſimplici inhibitione emanata, & arctiore, cum annexa citatione ad videndum &c. an etiam in pœnas inhibitionis ſimplicis innouans condemnari poſſit, ſi agatur ad banni pœnam.

Cauſam dubitandi præbet *l. cum ex vno delicto,* 32. *ff. de A. & O.* vbi ait I.C. poſt magnas varietates obtinuiſſe, cum ex vno delicto, plures naſcuntur actiones, omnes experiri permitti, *iuncta l. penult. nunquam, ff. eodem titul. & l. nunquam,* 130. *ff. de R. I.*

167 Secundo,† *argum. tit. 9. par. 2. Ordinat. Cam. Imp.* §. **Wir wöllen auch** *rc.* vbi permittitur agere coniunctim, ad pœnam pecuniariam, & ad pœnam banni, vndè videtur, idem in hac ſpecie probandum, contrarium tamen refertur *Tom. ſecundo. Symphorem. part. ſecunda. voto 26. num.* 116. *cum ſequen.* Cum enim pœna banni, maior ſit omni pœna pecuniaria, *leg. in ſeruorum,* 10. §. *ſecundo. in perſonis, ff. de pœnis,* abſumet pecuniariam, hinc Iuris Conſult. Paulus, *in l. per minorem,* 54. *ff. de iudiciis,* maiorem quæſtionem minorem ad ſe trahere ait, ſi itaque agatur ad pœnam banni, pœnę ſimplici inhibitioni inſertæ, locus non erit, quibus reſpondent tradita, & confirmata præiudicio, *à Notatore ad Ord. Cam. Imp par. 3. tit.* 43. *fol.* 477. ob publicam fractam pacem citatum, eidemq; per mandatum reſtitutione iniuncta, ſub pœna pecuniaria, in hanc non condemnari, ſed ſufficere banni pœnam per iam allegatam rationem, aliud verò eſſet, ſi in eandem quis declaratus eſſet, tunc enim emanata citatione, ad pœnam banni agi poterit, *Author præiud.*

præiud. Cam. in verbo, *inhibitio, verſ. arctiores, fol.* 151. per notata *ad l. qui ſeruū,* 34. *l.* 32. *cum ex &c. l.* 41. §. 1. *ff. de action. & oblig.* vt ſi ex vno delicto plures actiones competant, vna intentata, alteram in iudicium deduci poſſe, ſi plus ſit in illa &c. de qua re interpretes, recitato loco, *Cuiacius, lib.* 3. *obſ. cap.* 25. *& lib* 8. *cap.* 24. *Hotomanno, illuſt. quæſt. q.* 29. *Vincent. Cabotius, cap.* 3.

Ex his reſultat & alia quæſtio, † an hæres defuncti, cui inhibitum, in pœnas inhibitionis declarari poſſit, ſi quid contra inhibitionem defunctus attentauerit, maximè lite cum eo conteſtata. 168

Et prima facie, videtur hæredem in ea conditione eſſe, vt declarari in pœnam poſſit, quamuis enim is, ratione delicti commiſſi, à defuncto non teneatur, *leg.* 1. §. 4. *hoc iudicium, ff. ſi quis ius dicenti &c. l.* 111. *in pupillum,* §. *in hæredem, l.* 38. *ſicuti pœna &c. ff. de R. I. l.* 1. *ff. de priuatis delictis, l.* 16. *Iulianus, ff. de iudiciis, iuncto* §. *vlt. inſtit. de obligat. quæ ex quaſi maleficio &c. l.* 26. *crimen, ff. de pœnis, l. in S. C.* 15. §. 3. *ſi propter, ff. ad S. C. Turpillianum, l. publica,* 3. *l.* 6. *de functo, ff. de publicis iudiciis, l.* 2. §. *fin. ff. vi bonorum raptorum, l.* 23. *inde Neratius,* § 8. *hanc, ff. ad legem Aquiliam, l.* 16. *quod diximus,* §. *fin. ff. quod met. cau.* §. *non autem, inſtit. de perpetuis & temporal. act. hoc tit. C ſi reus accuſatur &c.* quia vt ait I. C. ne pœna ad hæredes transeat, huius rei hæc videtur eſſe ratio, quod pœna conſtituatur in emendationem hominum, quæ mortuo eo, in quem cōſtitui videtur deſinit, *l ſi pœna,* 20. *ff. de pœnis,* ſeu vt alibi dicitur, quod pœna ſuos authores tenere debeat, *l. Sancimus, C. de pœnis,* Quamuis, *inquam,* crimen morte cum pœna extinguatur, *leg* 3 *ſi is, Cod. ſi reus, vel accuſator &c. l. vnica, C. ſi ex delicto defuncti,* quæ eſt ratio dubitandi *l. Caius, ff. ad S. C. Syllanianum* , tamen hæc regula, inter alias limitationes, hanc recipit, & in contrarium recepta eſt regula.

Pœnales actiones, † ſiue pœnæ perſecutionē, lite conteſtata, transmiſſam eſſe in hæredem, *l. omnes,* 26. *l. cōſtitutionibus,* 33. *leg. ſciendum,* 58. *ff. de O. & A. leg. pœnalia,* 164. *ff. de R. I.* 169

Hinc

Hinc in *l. omnes, 39. ff. eod.* omnes, *inquit*, I. C. actiones, quæ morte aut tempore pereunt, ſemel incluſas iudicio, ſaluas manere, (id enim operatur litis conteſtatio,) & in *l. 87. nemo, eod. tit.* poſt litem conteſtatam, hæredem teneri, ex omnibus cauſis, *l. vnica, C. ex delicto defuncti, inquantum &c.* Quare videtur dicendum, hæredem defuncti, qui contrà inhibitionem emanatam, quid innouauit, in pœnas eidem inſertas, lite conteſtata, declarandum eſſe, huc pertinet generale axioma, vbicunque ex delicto, vel contumacia, in bona patrimonium, fieri executio ſoleat, morte rei, pœnam non extingui, ſed hæredem ex bonis defuncti teneri, videatur *Gail, lib. 1. de Pace pub. cap. 20. Mindanus, de Proceſſ. lib. 2. cap. 22. Codex Fabrianus, lib. 4. tit. 12. defin. 2.*

Tertio, argumento eorum quæ traduntur de violatore pacis publicæ, accuſatione enim inſtituta, ex conſtitutione pacis publicæ, aduerſus violatorem, eo mortuo, perire quidem inſtantiam, quo ad pœnam banni corporalem vel bonorum amiſſionem, ſed quatenus ad pœnam pecuniariam, eam non extingui, *Ordin. Cam. Imp. par. 2. tit. 9. §. fin. Comit. Imp. Anno* 1548 *rubric.* Daß die Inſtanß ꝛc. *fol. 357. & Comit. Imp. Anno* 1557. §. Betreffend die Anregung ꝛc. *fol. 513. Gail, lib. 1. de Pace publ. cap. vlt. nu. 17. cum ſeq. Mynſing. cent. 1. obſer. 98. cent. 4. obſ. 35. cent. 5. obſ. 77. Author præiud. Cam.* in verbo, *pax publica*, verſ. *accuſatore &c. fol.* 248. *Tom. 2. Symph. par. 2. vot. 27. per totum.* Vndè idem in hac ſpecie videtur obtinere debere.

170 Contrarium † tamen refert *Compilator præiudic.* in verbo, *inhibitio*, verſic. *inhibitiones, fol.* 149. vbi refert, Ducem Iuliacenſem abſolutum fuiſſe à pœna inhibitionis, in quam Pater ipſius inciderat, quia, *inquit*, publica crimina, quale contrahit contrauenien s mandato Cameræ, aut inhibitioni emanatæ, etiam lite conteſtata, morte accuſati extinguūtur, nedū quod pœnam corporalem, ſed etiam pecuniariam, idq; authoritate *Ioannis Fabri, in §. non autem omnes. inſtitut. de perpet. & temporal. action. Et Notator ad Ord. Cam. Imp. par. 3. tit. 48 fol. 494.* refert,

refert, licet defunctus ita egerit, contrà mandatum, aut inhibitionem, vt in pœnam condemnari debuerit, hæredes tamen non condemnandos, idem probat *Tilman. de Benign. tit. conſtit. Cam. poſt. fol. 30.*

Non tamen facilè erit reſpondiſſe, *ad l. nemo, 87. iuncta leg. omnes, 139. ff. de R. I.* & poſt iudicium acceptum, hæredem teneri ex omnibus cauſis, & argum. *l. Caius, 22. ff. ad S C. Syllanianum,* in verbis, *Cauſam, de qua quæritur, cum ſit pecuniaria, morte hæredis extinctam non videri.*

Pro huius rei reſolutione, † rem paulò altius repetendam, 171
& diſtinctionem adhibendam ſtatuo, intereſſe inter publica crimina capitalia, non capitalia, & priuata, vt hic lite conteſtata, pœna ab hærede incipiat, illic autem, lite conteſtata, & condemnatione ſecuta, exceptis quibusdam caſibus, *Textus notabilis, in l. ex iudiciorum, 20 ff. de accuſation.* Huius rei elegans exemplum, apud *Valerium Max. lib 9. cap. 12 ibi.* Miſit ad eum, qui diceret, ſe non damnatum, ſed reum perijſſe, nec ſua bona poſſe haſtæ ſubijci &c. (quamuis *ex d. l. 20. ex iudiciorum,* aliud dici poſſet) *Balduinus, in d. §. non autem omnes &c. Inſtit. de perpet. & temp. action. Giphanius, in R. I. lib. 2. c. 13. par. 3. fol. 245.* Vnde, cum *d. l.* ex iudiciorum, expreſſum ſit, quatenus pœnæ transmittantur ad hæredes, ex cauſa publicorum delictorum, *leg ſuprà generales,* ad hanc cauſam accommodari non poterunt.

Pro cuius † tamen *l.* exactiori cognitione, animaduertendum, principium *d. l. ex publicorum,* intelligendum, de illis criminibus publicis, quæ inferebãt bonorum publicationem, *l. 1. ff. de bonis damnatorum,* quare lite conteſtata, hęredibus non auferebantur bona defuncti, niſi condemnatione ſecuta, *l 2. §. vlt. ff. de bonis eorum qui &c.* quia & crimen publicum, & bonorum confiſcatio efficiebant, vt plus, quam litis conteſtatio requiſita fuerit, ad bonorum ademptionem, hinc ſententia ſuſpenſa, per appellationem, & mortuo reo, nulla quæſtio de bonis ſupereſſe poterat, ſi crimen ipſum, ſeu capitalis pœna infe- 172

Eee rebat,

rebat, bonorum publicationem; quia appellatione interpoſi-ta, prior ſententia ſit extincta, neq; cenſeatur condemnatio ſecuta, *l. 2. rei, §. fin. ff. de pœnis, l. 6. ſi quis filio, §. 8. hi autem omnes, ff. de iniuſto rupto &c.* hæc, *inquam* procedunt in illis criminibus, quibus imponebatur pœna capitalis, quam ſequebatur bonorum publicatio, ſin autem quis relegabatur adempta aliqua bonorum parte, vt in *l. 11. in ratione, §. 3. cum quidam. ff. ad l. Falcidiam. l. 38. ſi quis, §. qui, 5. & §. 8. ſi quis, ff. de pœnis,* ſubducto reo, remanebat quæſtio bonorum, *l. 3. ff. ſi pendente appellatione mors interuenerit &c. l. vlt. C. ſi reus vel accuſator &c.*

Ratio hæc videtur fuiſſe, quamuis enim bona relegatorum auaritia ſuperiorum temporum fiſco vindicata ſint, tamen diuus *Adrianus,* hanc bonorum ademptionem ſuſtulit, *l. 1. ff. de interdictis, & relegatis &c.*

Hinc *Vlpianus, in l. 7. relegatorum, §. 4. ad tempus, ff. eodem titul.* refert reprehenſas fuiſſe ſententias eorum, qui relegatis ad tempus bona vel partem bonorum ademiſſent; Vnde iure, ſubducto reo, quæſtio bonorum remanet, an iure ſint adempta.

173 Et hæc eſt † ſententia *d. l. 3. C. ſi pendente appell. & l. vlt. C. ſi reus, vel accuſator &c. in verbis,* Cum deſideretur, vtrum valeat nec ne particularis ademptio.

Ex his colligitur, *principium dict. legis ex iudiciorum,* exaudiendum de delictis inferentibus bonorum ademptionem, verſicul. *ex cæteris verò delictis &c.* de illis publicis, non capitalibus, aut etiam priuatis delictis, aliquam pœnam pecuniariam irrogantibus, iuxta *l. 2. publicorum. ff. de publicis iudiciis,* Quare videtur dicendum, & in hac ſpecie, hæredem defuncti, qui licet contraueniendo mandato aut inhibitioni Cæſaris, publicum crimen contrahat, tamen cum publicatio bonorum non ſubſequatur, ſed tantum aliqua pœna pecuniaria, eam, contra hæredem, lite conteſtata, ſaluam manere.

Et quamuis *Ionnnes Faber, in d. §. non autem omnes &c.* contrarium

rium referat, nec pœnam pecuniariam, etiam lite conteſtata, ab hærede exigendam, in criminibus publicis.

Superior tamen † Interpretatio amplectenda eſt, nam d. 174
verſiculus, *ex cæteris verò delictis*, eſt quædam declaratio principij, *d. l. ex iudiciorum*, 20. Cum enim ibidem mentio fiat criminum, quæ bonorum ademptionem inferant, qualia ſunt crimina publica capitalia, conſequens erit, finem eiusdem legi, vt correſpondeat principio, de ijsdem iudicijs publicis, quæ non irrogent, bonorum ademptionem, ſed pœnam pecuniariam, qualia ſunt crimina publica, non capitalia, *iuxta l. 2. ff. de publicis iudiciis*, aut ſecundum mentem aliorum, de priuatis delictis intelligendum eſſe.

Sunt, qui exiſtiment, † ideò contrà hæredes intentari poſſe 175
pœnam pecuniariam, eò quod ipſo iure imponatur, *l. commiſſa, ff. de publicanis, & vectigalibus &c. l. 1. §. 1. an bona, ff. de iure fiſci, Iulius Clarus, §. fin. q. 31. nu. 14. Gail, lib. 1. de pace pub. cap. vlt. nu.* 14.

Verum, *d. l. commiſſa*, interpretatio petenda videtur *ex l. fin. §. pœnæ, 13. ff. de publicanis &c.* vbi I. C. ait, pœnas ab hæredibus peti non poſſe, ſi non ſit quæſtio mota, viuo eo, qui deliquit, & hoc, ſicut in cæteris pœnis, ita & in uectigalibus eſſe.

Nec etiam poteſt moueri *l. Caius*, 22. quod enim cauſa, morte hæredis extincta non ſit, non eſt ratio quia pœna ipſo Iure impoſita ſit, ſed quod non ſit criminalis accuſatio, quæ morte extinguatur, ſed vtilis hæreditatis petitio, quæ fiſco vindicatur, hærede negligente, exequi mortem defuncti, *l. 1. & iuncta leg. 9. Lucius, ff. de iure fiſci*, aliàs, ſi hoc generaliter procederet, ſequeretur abſurdum, nam v. g. falſum committens, bonorum publicatione puniebatur, *l. 1. in fin. ff. ad l. Corneliam de falſis, §. 7. inſtitut. de publicis iudiciis*, & talis quidem pœna ipſo iure imponitur, cum ipſo iure conſtitutioni de falſis inſit: Et tamen conſtat, *dict. l.* 20. bona non aufferri, niſi condemnatione ſecuta.

Digitized by Google

Deindè, conſtat furto ipſo iure pœnam impoſitam eſſe, §. *furti*, 20. *inſtit. de obligat. quæ ex delicto naſcuntur*, & tamen conſtitutum, his pœnalibus actionibus, hæredes non teneri, *l.* 1. *ff. de priuatis delictis*, niſi lite conteſtata, §. *non autem omnes*. 2. *Inſtit. de perpet. & temp. action. &c.*

Vnde, non vim conſtituendam eſſe videtur, in impoſitione pœnæ, ipſo iure; ſed attribuendum litis conteſtationi, negandum tamen non eſt, ipſo iure commiſſa pœna, vtpote ſi nihil aliud ſuperſit, quam vt exigatur perſecutionem pœnæ aduerſus hæredem competere.

176 Porrò, † quidquid ſit, ſumma diſceptationis noſtræ eò redit, vt ſtatuam, lite conteſtata agi poſſe ad pœnam pecuniariam, contrà hæredem defuncti, etiam in publicis criminibus, argumento eſt, cauſa fractæ pacis.

Dixi *ad pœnam pecuniariam*, nam pœnam arctioris inhibitionis, morte rei, etiam lite conteſtata perire, certum eſt, ab hacque Ducem Iuliacenſem abſolutum fuiſſe, idem *Author præiudiciorum declarat*, in verbo, *inhibitio*, verſ. *cum agitur ad pœnam arctioris*, *fol.* 149.

Et hæc de decernenda inhibitione, eiuſque effectu ſuffecerint,
177 † cuius exſpirat, ſicuti & appellationis, cauſa pronunciata deſerta, deciſa, remiſſa, finita inſtantia &c. *Mandoſius, de inhibition. q.* 39. *Mindanus, lib.* 2. *de mandatis, cap* 26.

Ad officium Iudicis AD QVEM vndè digreſſi ſumus, reuertamur.

178 Tertio † itaq; ipſi incumbit, vt innouata reuocet.

Triplex autem eſt attentatorum innouatio, Legis, partis, & iudicis: De prima non eſt quæſtio, non enim nouari dicitur, quod authoritate iuris fit.

179 Sed de ſecunda, † & tertia præcipuè, & quidem antè omnia, & ex officio reuocanda ſunt; aliàs ijs non reuocatis, ſententia lata, in cauſa principali, dicitur regulariter nulla, committeretur iniuſtitia, & præberetur cauſa appellandi, ita *notatur ad cap. non ſolum, hoc tit. in* 6. Reuocatio enim attentatorum, ob publicam

cam vtilitatem, introducta eſt quia publicè intereſt, authoritatem iudicis non contemni, *Lancelottus, de attentatis, par.* 3. *cap.* 30. *per totum, vbi latè de priuilegiis attentatorum, & num.* 159. & 261.

Et quamuis *Couarruuias, pract. quæſt. cap.* 23. verſ. *Prima igitur ſit.* Etiam iudicem A QVO innouata reuocare poſſe, adito ab appellante, ſuper innouatis, non renunciatum appellationi, & alij exiſtiment, *Maranta, hoc tit. nu.* 425. tamen id maximè † conuenire iudici AD QVEM conſtat *ex cap.* 54. *ſollicitudinem, ext. hoc tit.* cum enim pendente hoc iudicio appellationis, 180
ſiue recepta, ſiue non, in præiudicium deliberationis, vtrum recipienda ſit nec nè appellatio, nihil innouandum, *l.* 6. *ſciendum, ff. de appell. recipiend. l. vnica, ff. nihil innouari, l.* 3. *C. de appell.* & appellans à iuriſdictione iudicis A QVO eximatur, *l. directæ,* 39. *cap. paſtoralis,* 53. §. *Verum quia &c. extr. hoc tit.* ſiue vt ait *l.* 13. *C. Theodoſ. hoc tit.* iudex eſſe deſinat, iure iudex A QVO ſuper reuocatione attentatorum ſe interponere non debet, ſed ea, ad iudicem appellationis pertinebit, cum is offendatur nam attentata fieri dicuntur in contemptum iuriſdictionis iudicis, qui de cauſa inter partes cognoſcit; quare, is reuocabit, cuius iuriſdictio contempta eſt per attentata.

Accedat & hęc ratio, quod cauſa attentatorum dicatur cauſa acceſſoria ſeu incidens, veniatq́; ex natura ipſius appellationis, iudex verò appellationis, nedum de cauſa principali, quę eſt appellatio, ſed etiam acceſſoria, quæ eſt attentatorum reuocatio, cognoſcere debet, *d. cap.* 54. *ſollicitudinem. iuncto cap. ſeq. in fin. ext. hoc tit.*

Nec obſtat *cap. venientes,* 19. *ext. de iure iuran.* quia vt ex fine eiuſdem cap. colligere eſt, authoritate & iuſſu Summi Pontificis, id factum.

Porrò, † qua ratione reuocanda ſint attentata, rurſus diſtinguenda eſt ſententia interlocutoria à definitiua, vt hic, non ſolum ſi poſt appellationem interpoſitam, quid innouatum ſit, 181
reuocari debeat, *cap.* 16. *ad præſentiam; cap. ſignificauit,* 48. 49.

Digitized by Google

ſignificantibus, cap. cum cauſam, 62. & paßim alibi, ext. hoc tit. ſed etiam antè interpoſitam appellationẽ, modo ſit intrà tempus decendij, Paria enim ſunt eſſe appellatum, vel eſſe intrà 10. dies ad appellandum, etiam quo ad reuocationem, attentatorum, *Text notabilis, in cap. non ſolum* 6. ibidemq́; communiter *Canoniſtæ, in 6. hoc tit.* vbi cauetur, penitus & omnia eſſe reuocanda, vnà cum fructibus, idq́; in odium, actum perſonæ explicantis, *Canoniſtæ, in cap. 51. bonæ, & cap. 55. dilectis, ext. hoc tit. Marant. hoc tit. par. 6. nu.* 406. *Tom. 4. Symph. par. 1. vot. 39. nu. 13.*

Quod eò producitur, etiamſi iudicis authoritate interceſſerit nouatio, ſi iudex enim extraiudicialiter facto potius, quàm iure procedat, ſine cauſę cognitione, loco priuati eſſe, & ſpoliare dicitur. *cap. conquerente, ext. de reſtitut: Spoliator: Dd. ad l. iuſtè, ff. de acquir. poſſeſſ.* & per copioſè allegàta, *Tom. 1. Symph. par. 1. tit. 7. de litigioſa poſſeſſ. voto 4. nu. 2. cum ſeq. Couarr. pract. quæſt. cap.* 23. verſ. *tertium.*

Ratio autem ſuperiorum eſt, quia appellatione interpoſita, omnia relinquenda in eo ſtatu, quo erant tempore appellationis, *l. vnica, ff. nihil innouari. Paulus, lib. 5. ſentent. tit. 36.* cum alijs ſuprà allegatis.

182 Nam, vt loquuntur interpretes, † per appellationem iudici A QVO, quaſi manus conſtringuũtur, etiam nõ emanata inhibitione, nec quid innouare poſſit, *Maran. hoc tit. par. 6. nu. 171. &* 173. nec miſſus in poſſeſſionẽ rei, à qua ꝓuocatum, authoritate iudicis, faciet fructus ſuos, quãuis .n. aliàs, qui authoritate iudicis poſſidet, bonæ fidei poſſeſſor ſit, *l. 11. qui iuſtè.* ibidem communiter Dd. *de acquir poſſeſſ. l. qui authore &c ff. de reg. iur.* cum ſimilibus, tamen authoritas iudicis, ſine cauſæ cognitione, & inordinatè ꝓcedentes immiſſum, à reſtitutione fructuum, nec attentatum excuſat, *Zaſius in leg. Pomponius, § ſi iuſſu, ff. de acquir. poſſeſſ.* & poſſidens vi ſententiæ nullæ, occupator, non poſſeſſor dicitur, nec iudicis authoritas illi prodeſt, per notata *ad dict. leg. qui iuſtè,* imò ſpoliare cenſetur iudex, qui ſine cauſæ cognitione procedit, *Panormitanus. & ibidem Canoniſtæ, in cap. conque-*

Digitized by Google

conquærente, ext. de reſtitut: ſpoliator. vbi tradunt, quem poſſeſſorio recuperandæ poſſeſſionis experiri poſſe, contrà iudicem extràiudicialiter procedentem, vt contrà priuatum.

Quod autem † *ex cap. bonæ, 51. ext. hoc titul. & cap. non ſolum, eod. in 6.* in reuocatione attentatorum, etiam fructus in reſtitutionem venire, dictum eſt, animaduertendum, poſſe interuenire quaſdam circumſtantias, quæ aliud ſuadeant, vt condẽnatio fructuum non fiat, ſed tacitè reſeruetur, vsq́ ad finem litis, de quibus, *in Tom. 4. Sympb. par. 1. vot. 39. nu. 17. vſq; ad finem*, vbi hanc doctrinam aliquot præiudicijs eſſe confirmatam, refertur. 183

His ita conſtitutis, exoritur quæſtio, quo remedio attentata reuocari poſſint?

Pro cuius exactiore cognitione † ſciendum, triplici via peti reuocationem attentatorum: Via priuilegiatiua, ſeu iudicis officio nobili, vt vocant; Secundo, via ordinaria, appellationis medio, per viã iniuſtitiæ, quo incidenter & acceſſoriè, veniunt attentata reuocanda, v.g. ab interlocutoria, appellatione interpoſita, non reuocantur regulariter attentata, niſi in euentum victoriæ cauſæ principalis; idem iudicium eſt, in extraiudiciali grauamine, nam non niſi probata veritate cauſæ appellationis, ſeu eadem iuſtificata, reuocantur, idemq́; obtinet in non inſinuata appellatione, *Ordin. Cam. Imp. par. 2 tit. 29.* §. Item ſo ſo[illegible]c. *in fin.* Tertio per viam nullitatis & querelæ, vt appellatione deſerta, reuocabuntur attentata, non quidem via priuilegiatiua attentatorum, ſed beneficio nullitatis: Hinc per manus interpretum traditur, vbi non competit via priuilegiatiua ſeu officium iudicis nobile, quo reuocantur attentata, remanere alteram, nullitatis ſcilicet, ſeu beneficium iniuſtitæ, aut viã ordinariam, coràm ordinario videlicet agendo, per viam nullitatis & querelæ, *Herculanus, de attentatis cap. 30. nu. 57. Manfredus, de attentatis, par. 11. num. 21. cum ſequen. & concuſ. 75. 80. 114. 196.* videatur & *Lancelottus, de attentatis, part. tertia, capite 21.* quare retractata cauſa, retractabitur executio, non quidem 184

per

per viam attentati, ſed iniuſtitiæ, *Canoniſtæ, in cap. ad audientiam, cap. dilectis ext. hoc tit.*

Verum, nos de primo remedio agimus, quo conſtituunt Interpretes, *ad l. 3. appellatione, C. hoc tit. Canoniſtæ, in d. cap. bonæ, 51. ext. eod.* nullo iuris ordine opus eſſe, ſine iudiciali ſtrepitu, & ordine, ſed de plano ſummatim, imò ex officio eſſe reuo-
185 canda, ideoq; † nec libelli oblationem, nec litis conteſtationẽ eſſe neceſſariam, *Lancelottus, de attentatis, part. 3. cap. 25. nu. 10. Gail, lib. 1. obſer. 146. Gilken. in l. 1. num. 108. C. de litis conteſtatione.*

Nec obſtat *leg. miles, 11. §. ſexaginta dies, 6 ff. ad l. Iuliam, de adulteriis,* vbi dicitur, quod de plano quoq; libellus dari poſſit, quaſi quæ de plano expediuntur, libello opus ſit, litis conteſtatione interpoſita ad libellum: Non, *inquam*, obſtat, quia res, quę de plano terminantur, per libellum expediri ſæpiſſimè dicuntur, *l. nec quidquam, 9. §. vbi decretum, 1. & §. de plano, 3. ff. de offic. proconſulis*, per libellum enim facta dicitur expeditio, cum iudex, vt *Budæus* dicit, per ſimplicem requeſtam, negotium terminat, latè *Forcatulus, dialog. 80. nu. 4. cum ſeq.* non enim ibidem libellus ſumitur, vt in foro apud Pragmaticos, itaque de plano ſummariè, ſine ſufflamine iudicij, reuocanda ſunt innouata.

186 Id quidam eò producunt, † vt exiſtiment, appellantem non teneri procedere in cauſa principali, niſi reuocatis attentatis & refuſis expenſis, in puncto attentatorum, *Mynſing. cent. 1. obſ. 26.* vbi id præiudicijs confirmat, Vnde cautela traditur pro appellante, vt ſuſpenſa cauſa principali, antè omnia ad reuocationem attentatorum agat, hodiè conſtat de attentatis, hodiè agatur, *iuxta l. 3. ſi is à quo &c. ff. vt in poſſeſſ. legator.*

Nec refert, ſi obijciatur, cauſam principalem non eſſe in iudicium deductam, eamq; non remorandam, ob querelam attentatorum, quia horum cauſa nihil commune habet, cum cauſa principali, quod adeò ſequendum eſſe ſtatuo, etiamſi lis conteſtata ſit.

Inde

Vnde quamuis † *Francus, in d. c. non ſolum*. & alij exiſtiment, 187
vt petens reuocationem innouatorum caueat, ne conteſtetur
litem, & petat ſimul attentata reuocari, quia cum ordinariam
viam habeat, ceſſet extraordinarium remedium, & exemplo
ſpoliati, qui ſi ſuper negotio principali litem conteſtetur, non
licere poſtea experiri reſtitutorio interdicto, *cap*. 1. ibidem *Canoniſtæ, ext. de reſtit. ſpoliator.*

Exiſtimo, † *inquam*, etiamſi quis litem conteſtatus ſit, ſi- 188
mulq; reuocationẽ attentatorum petierit, innouata eſſe reuocanda, *Couarr. pract. quæſt. cap*. 23. *nu*. 3. *Menoch. remed. vlt. n*.38. *Lancelot. de attentatis, c*. 23. *nu*. 10. *&* 34. *Gail, lib*. 1. *obſ*. 146. *poſt nu*. 10. *Codex Fabr. lib*. 1. *tit*. 10. *defin*. 2. *&* 20. vbi refert ita in Senatu Sabaudiæ definitum eſſe, *Author præiud. Cam*. in verbo, *attentata*, verſic. Dieweil nicht allzeit ꝛc. vbi dicitur, eò decurſum eſſe, vt poſt litem conteſtatam, libellus attentatorum ſummarius, cum annexa petitione exhibeatur, quod comprobat *Ordinat. Cam. Imp. par*. 3. *tit*. 31. §. So mit vnd neben der Ladung ꝛc. quāuis conſultius videatur, non coniungi cauſam attentatorum, cum cauſa principali, cum in illa procedi poſſit, antequam hæc tractetur.

Secundum declarationem † tamen *Cam. Imp. d. titul*. 31. §. 189
Vnd dieweil biſzher ꝛc. vbi ſtatuitur, ſi in continenti probari poſſint, nec altioris inquiſitionis, tunc ante omnia reuocanda eſſe, alias cauſam attentatorum non retardare, aut ſuſpendere cauſam principalem, quod iuri conſentaneum eſſe, conſtat *ex Bartholo, in leg. naturaliter*, §. *nihil, ff. de acquir. poſſeſſ. Mynſing. cent*. 3. *obſ*. 33. *Gail, lib*. 1. *obſ*. 146. *nu*. 2.

An autem cum hoc caſu vtrumq; iudicium ſimul tractandum, & proſequendum ſit, ſi in cauſa principali, prius concludatur, cauſa attentatorum nedum ad finem perducta, an in principali nihilominus pronunciari poſſit, aut vice verſa, ſi in cauſa attentatorum prius, quam in cauſa principali concludatur, an non exſpectata concluſione cauſæ principalis, ſuper attentatis pronunciandum ſit? & id vtrobiq; ſtatuendum, vide-

licet prius in cauſa attentatorum pronunciandum eſſe, *Myn-ſing. d. obſ.* 33. *Gail, d. obſ.* 146. *nu.* 9. vbi *Ordin. Cam. Imp.* recita-
190 to loco ita exaudiunt, de proceſſu † nimirum, non autem de pronunciatione, aut deciſione attentatorum, idque ſæpius fa-ctum *in Cam. Imp. d. loc. nu.* 8.

Si itaq; attentata, altiorem indaginem requirant, ea non ſuſpendent cauſam principalem, hocque caſu libellum exhibendum, & ſuper eo litis conteſtationem interponendam, exiſtimat *Gail, d. obſ.* 146. *nu.* 3. *Mynſing. cent.* 1. *obſ.* 26. imò *Author præiud. Cam.* in verbo, *attentata*, verſ. *in cauſa attentatorum*, *fol.* 50. refert libello attentatorum porrecto; litis conteſtatione opus eſſe; quaſi actor libellum porrigens, ordinarium proceſſum elegiſſe videatur, vnde conſultius eſſe, per modum ſupplicis libelli, reuocationem peti, probationesq; in continenti afferri, in cuius præiudicium attentatum, & ita de plano eſſe procedendum.

191 Porrò, † cum generaliter & indiſtinctè *Comitiis Imp. Anno* 70. habitis, §. In puncto attentatorum, *fol. mihi* 615 generaliter definitum ſit, in puncto reuocationis attentatorum &c. ſine litis conteſtatione, ſeparatoue proceſſu, implorato officio iudicis, eſſe procedendum &c. *Oſnerus ad Ordin. Cam. Imp. par.* 3. *tit* 31. ibi, Man wil auch ꝛc. referat ſolum ſummariè procedendum, adiuncta hac communi interpretum enũciatione, quod quæ officio iudicis expediantur, item cauſæ ſummatim excutiendæ, non requirant ſolennitates, (de quibus *in clem. ſæpe, de verb. ſignif.*) *l. à diuo* 15. §. *ſi rerum*, 4. vbi ſedes ordinaria, *ff. de re iud. l. ſi quis à liberis*, §. *ſi vel parens*, *ff. de liberis agnoſcen. l. nec quidquam*, 9. §. *de plano*, 3. *ff. de offic. proconſul. l.* 3. §. 9. *ſciendum*, *ff. ad exhibendum*, *l.* 2. §. *dies*, *ff quis ordo in bonor. poſſ. l.* 3. §. *ſi cauſa ff de bonor. poſſeſſ.* Latè *Forcatulus, dial.* 80. vbi explicat, quid ſit de plano, vel leuato velo, vt ait *l. penul. C. de naufragiis &c.* rem expedire, *Maranta, par.* 4. *diſt.* 9. *circa princip.*

In hac autem conditione, cauſam attentatorum eſſe, conſtat ex allegatis, *à Petro Gilken. in l.* 1. *nu.* 108. *C. de litis conteſtatione*,

tione, & Ordin. Cam. Imp. par. 3. tit. 31. §. Vnnd ſollen ſolche Sachen attentatorum &c. non diutius immorandum, nec etiam amplectendi, quæ ex *Authore præiudiciorum, de libelli exhibitione &c.* commemorata ſunt, per tradita *à Maranta, diſput. 4.* vbi multis authoritat. comprobat, ſi ſummatim procedendum ſit, non videri receſſum ab hac via, exhibendo libellum, *& par. 4. diſtinct 9. nu.* 203. cum aliquot ſeq.

Licet autem in cauſis attentatorum procedatur, ſummatim, de plano, ſine libelli oblatione, litis conteſtatione, vti dictum eſt, non tamen per hoc cauſæ cognitio cenſetur ſublata, ideoq; ea non præcedente, reuocatio non facienda, *Lancelot. de attentatis, par. 3. cap. 25. nu. 33.*

Animaduertendum itaque, an requiſita adſint.

Requiritur enim primo, † appellatum fuiſſe, intra decem dies, ſeu tempus legibus definitum, quare facta executione, intra decem dies, ſi poſt decendium appelletur, geſta, pendente termino ad appellandum, non reuocantur, *Lancelott. de attentatis, capit.* 11. *numer.* 42. vbi *authorit. & deciſion.* hoc comprobat. 192

Secundo, intra tempus appellationis fuiſſe attentatum, habetur .n. etiam ratio eorum, quæ, ante appellationē interpoſitam, attentata ſunt perinde, ac ſi eſſent acta, appellatione pendente, paria enim ſunt eſſe appellatum, & eſſe intra 10. dies, ad appellandum, nam pendente termino † decem dierum, attentata reuocantur, *cap. non ſolum, hoc tit. in 6.* 193

Sed dubitationis eſſe poterit, quomodo hoc caſu, tempus decem dierum computandum ſit.

Et quidem *Lancelottus, d. limitat.* 11. *nu.* 13. exiſtimat ſi quid attentetur, poſt 10. dies, à die ſententiæ, intra tamen decem dies, à die notitię, non via attentatorum, ſed via iniuſtitię reuocari, tamen cum hoc tempus decendij non currat, niſi à tempore ſcientiæ, contra ſe latæ, de qua re copioſè dictum, *in cap. 5.* huius tractatus, videtur non tempus ſententiæ, ſed ſcientiæ ſpectandum, *cap. 7. non ſolū, iuncto cap. 8. concertationi, hoc tit. in 6.*

Digitized by Google

Hinc deducit *Couarru. pract. quæſt. cap. 23. nu.* 2. damnati ad mortem teſtamentum valere, modo obierit, eo tempore, quo potuerit appellare, quod cum hoc temperamento intelligendum exiſtimatur, ſi hæres intrà decendium prouocet, *Gail, lib.* 1. *de Pace publica, cap. vlt. nu.* 6.

194 Quò pertinet † quæſtio, an defuncto reo, intra 10. dies præfinitos appellationi crimen extinguatur, etiam quoad bonorum confiſcationem?

Et quamuis hæc inueſtigatio infructuoſa videatur, cum nec appellationi, in cauſa criminali, nec confiſcationi bonorum regulariter locus ſit, ex conſuetudine quorundam locorum, tamen pro reſolutione, videatur *l. vltima, C. ſi pendente appellatione &c. &. C. ſi reus vel accuſator &c. l.* 2. §. 2. *eum, ff. de pœnis, l.* 6. *ſi quis*, §. 8 *hi autem omnes, ff. de iniuſto, rupto &c. l. Imperatores*, 2. §. *fin. l.* 3. §. *fin. de illo, ff. de bonis eorum, qui ante ſententiam &c. l. vnica*, verſ. *quamuis pendente appell. &c. ff. ſi pendente appellatione &c. iuncto cap. non ſolum, in* 6. *Guido Papæ, de appellat. nu.* 98. *cum ſeq.* Vbi hanc quæſtionem in vtramq; partem deducit. *Ferrarius, eod. tit. lib.* 2. *cap.* 12. *Iulius Clarus, in practica criminali, quæſt.* 51. *nu.* 12. *quæſt.* 94 *nu.* 7. *cum ſeq.*

Illud dubitatione caret, mortuo reo, pendente appellatione, in cauſis appellationum, ferri ſententiam, propter damna, *Codex Fabr. lib.* 4. *tit.* 12. *defin.* 1.

Tertio, requiritur, cauſam, appellationis tempore in alio ſtatu fuiſſe, quàm nunc ſit, *Canoniſtæ, in dict. cap. non ſolum*, 7. *hoc tit. in* 6. *Lancelottus, de attentatis, par.* 3. *cap.* 26. *Tom.* 5. *Symph relat. vlt. nu.* 95.

195 Secundo, conſiderandum † in reuocatione attentatorum, an ea cauſam principalem concernant, & abſq; eius præiudicio reſcindi non poſſint, vt in ſpecie *l.* 57. *Chirographis*, §. 1. *ff. de adminiſt. Tutor.* ſi enim victoria ſuper attentatis dependeat à cauſa principali, aut eidem præiudicium inferant, remedio attentatorum non erit locus, ſed ſententia definitiua, ſuper cauſa principali exſpectanda, *puta*, ſi actum ſit interdicto vti poſſidetis,

tis, contra Titium contendentem ſe in poſſeſſione lignandi &c. appellans autem in puncto introductæ appellationis, libellum attentatorum offerat, narrando, appellatos in loco litigioſo arbores excidiſſe &c. ideoq; omnia reuocanda eſſe, nõ auditur, cum deciſio huius puncti pendeat à cauſa principali, *Lancelottus, de attentatis, par.* 3. *q.* 19 vbi exemplo, & authoritatibus illuſtrat, exceptionem, quod attentatorum cognitio à cauſæ principalis definitione pendeat, admitti, neq; reuocari attentata ſed demum in fine litis, cum ipſa ſententia, idq; obtinet, tàm in cauſis appellationum, quàm ſimplicis querelæ, *Gail, lib.* 1. *obſ.* 145. 146. *poſt nu.* 8. *Tom.* 1. *Symph. par.* 1. *tit.* 4. *de conſtitut. pignoration. nu.* 55. *fol. mihi,* 372. *& tit.* 7. *de litigioſa poſſeſſione, voto* 1. *Tom.* 2. *par.* 1. *voto* 1. *nu.* 1. *cum ſeq. fol.* 40. *& voto* 25.

Idem iudicium eſt, † ſi attentata non pertineant ad proceſſum cauſæ, ſeu ſeparatam cauſam habeant, à cauſa appellationis, remedium enim attentatorum, non habet locum in ſeparatis articulis, ab appellatione, & non habentihus connexitatem, *Lancelottus, cap.* 12. *limit.* 2. Cum enim interpoſita appellatione, ab vno articulo, non inhibeatur cognitio aliorum, quibus prior articulus præiudicare non poteſt, *Text.* ſecundum Dd. ſingularis, *in l. generaliter,* §. *his de præſentib. C. de Rebus Creditis,* non reuocantur attentata, *& argum. cap.* 10. *ſuper eo, ext. hoc tit.* ſicuti nec reuocatio admittitur, in appellatione ab vno articulo, ex connexis, cum alijs, à quibus non poteſt prouocari. 196

Quare prohibita appellatione à definitiua, impermiſſa erit ab interlocutoria, præcedente illam, nec à quolibet incidenti articulo, & conſequenter, reuocationi attentatorum non erit locus, ſecundum *Manfredum de attentatis, concluſ.* 224. id enim connexitatem cauſæ impetrare creditur, quod argumentum, à connexis, non eſt infrequens in iure, *l. plerumq,* 35. *ff. de ædilitio Edicto, cap. translato,* 3. *ext. de conſtitut.*

Exemplum ſeparatæ cauſæ attentatorum, à cauſa appella-

 tionis,

Et ſunt, qui exiſtiment, huiuſmodi, non obſtante inhibitione decreta, attentari poſſe, cum ea vigore fruſtratoriæ appellationis non poſſit operari ſuum effectum, quia non ſit canonica, *cap. non ſolum, 7. in fine, hoc tit. in 6.*

Contrarium tamen receptum, ne prætextu iniuſtæ inhibitionis pars grauetur, & ita ſeruari refert *Lancelottus, de attentatis, limit. 6 nu. 19.*

202 Quia obtineat, † in appellatione admiſſa, quo ad deuolutionem, non autem quoad ſuſpenſionem, an prætermittenda ſit reuocatio attentatorum?

Affirmant *Canoniſtæ, in cap. paſtoralis, §. præterea, ext. de officio delegati, Couarruuias, pract. quæſt. cap. 23. nu. 7.* recepta enim eſt ab Interpretibus illatio, appellatio ſuſpendit iurisdictionem iudicis, aut operatur effectum ſuſpenſiuum, ergo reuocantur attentata, & è contrà &c.

Exemplum communiter huius rei adſertur in iudicio poſſeſſorio, in quo appellatio recipienda non ſit, quo ad effectum ſuſpenſiuum, ſed tantum deuolutiuum, de qua re in cap. 3. dictum eſt.

203 Idem iudicium eſſe ſtatuitur, † in appellatione prohibita ab homine, vt puta, cauſa commiſſa, remota appellatione, cuius clauſulæ vi, nulla recipitur appellatio, niſi cauſa expreſſa. *Benderus, de reuiſion. concl. 36. nu. 13.* vbi hoc authoritatib. comprobat, & nec operatur effectum ſuſpenſiuum, niſi delatum, aut inhibitum ſit, *Canoniſtæ in cap. paſtoralis, ext. de offic. delegati, Lancelottus, de attentatis, limitat.* 8. vbi hoc ampliat, & declarat.

Pro coronide, excutienda hæc à Dd. frequens eſt agitata quæſtio.

204 An ſi appellanti obijciatur † defectus notorius iuris in cauſa principali, ideoq; ipſius non interſit, attentata reuocari, hæc exceptio admittenda ſit?

205 Et videtur ſuaderi poſſe, † ſi de non iure petentis reuocationem attentatorum conſtet, remedium hoc non habere locũ,

ex eo,

Digitized by Google

ex eo, quod daretur occaſio peccati, quod petens reuocationem fructus rei perciperet indebitè cum ad earum reſtitutionē teneatur, & dolo petat id, quod mox reſtituturus ſit.

Secundo, cum attentata veniant ex natura ipſius appellationis, & ſint acceſſoria, horum ratio non habenda eſt, quia in cauſa principali petens ſuccumbat.

Deniq; remedium attentatorum non habeat locum, quoties nullum intereſſe partis verſatur, *Herculanus, de attentatis, cap. 5. nu. 9. Couar. pract. quæſt. cap. 23. nu. 4.*

Verum, †contrarium amplectendum videtur, ſubſequentibus in conſiderationem adhibitis, quod an defectus iuris in 206
cauſa principali appellanti obſtet, non partis, aut iudicis A QVO, ſed iudicis AD QVEM ſit cognoſcere, *iuxta cap. conſtitutus*, 8. ibidem *Canoniſtæ, ext. de filiis Presbyterorum.*

Deindè, ſi colore obiecti defectus iuris ipſius appellantis probaretur, aut ferretur hęc nouatio, facilè iuriſdictio iudicum appellationis circumueniri poſſet.

Nec refert ſi dicatur; contrariam opinionem ita exaudiendam, ſi notoriè conſtet de nōn iure appellantis, nam, cum interpoſita appellatione, iudex A QVO &c. deſinat eſſe in cauſa iudex ipſi non incumbit cognitio, an, ius appellanti competat, ſitq; defectus notorius, nec ne.

Huc accedat, ſpoliatum reſtitui, non obſtante quacunq; exceptione dominij, defectus notorij tituli &c. *l. ſi quis ad ſe fundum &c. 7. C. ad l. Iuliam, de vi publica, cap. 5. in literis, ext. de reſtit. ſpoliator. Menochius, remed. vlt. recup. poſſeſſ. num.* 32. probat exceptionem defectus tituli, agenti ad recuperandam poſſeſſionem, ex officio iudicis, obijci non poſſe, & attētata reuocāda eſſe, ex officio iudicis, cum illi videatur iniuria illata, latè *Fachineus, lib. 8. controu. iur. cap.* 10. quæ quidem reſtitutio non in titulo, aut iure petentis, ſed in odio ſpoliantis fundatur, *cap. fin. extr. de ordine cognitionum.* Iuſtiori ex cauſa id obtinebit in remedio attentatorum, cum æquè aut magis priuilegiatum ſit, vt ita loquar, quàm remedium interdicti, cumq; atten-

ſignificantibus, cap. cum cauſam, 62. & paſſim alibi, ext. hoc tit. ſed etiam antè interpoſitam appellationẽ, modo ſit intrà tempus decendij. Paria enim ſunt eſſe appellatum, vel eſſe intrà 10. dies ad appellandum, etiam quo ad reuocationem, attentatorum, *Text notabilis, in cap. non ſolum* 6. ibidemq; communiter *Canoniſtæ, in 6. hoc tit.* vbi cauetur, penitus & omnia eſſe reuocanda, vnà cum fructibus, idq; in odium, actum perſonæ explicantis, *Canoniſtæ, in cap.* 51. *bonæ, & cap.* 55. *dilectis, ext. hoc tit. Marant. hoc tit. par. 6. nu.* 406. *Tom.* 4. *Symph. par.* 1. *vot.* 39. *nu.* 13.

Quod eò producitur, etiamſi iudicis authoritate interceſſerit nouatio, ſi iudex enim extraiudicialiter facto potius, quàm iure procedat, ſine cauſę cognitione, loco priuati eſſe, & ſpoliare dicitur. *cap. conquerente, ext. de reſtitut: Spoliator: Dd. ad l. iuſtè, ff. de acquir. poſſeſſ.* & per copioſe allegata, *Tom.* 1. *Symph. par.* 1. *tit.* 7. *de litigioſa poſſeſſ. voto* 4. *nu.* 2. *cum ſeq. Couarr. pract. quæſt. cap.* 23. verſ. *tertium.*

Ratio autem ſuperiorum eſt, quia appellatione interpoſita, omnia relinquenda in eo ſtatu, quo erant tempore appellationis, *l. vnica, ff. nihil innouari. Paulus, lib.* 5. *ſentent. tit.* 36. cum alijs ſuprà allegatis.

182 Nam, vt loquuntur interpretes, † per appellationem iudici A QVO, quaſi manus conſtringuũtur, etiam nõ emanata inhibitione, nec quid innouare poſſit, *Maran. hoc tit. par. 6. nu.* 171 & 173. nec miſſus in poſſeſſionẽ rei, à qua ꝓuocatum, authoritate iudicis, faciet fructus ſuos, quãuis .n. alias, qui authoritate iudicis poſſidet, bonæ fidei poſſeſſor ſit, *l.* 11. *qui iuſtè.* ibidem communiter Dd. *de acquir poſſeſſ. l. qui authore &c ff. de reg. iur.* cum ſimilibus, tamen authoritas iudicis, ſine cauſæ cognitione, & inordinatè ꝓcedentes immiſſum, à reſtitutione fructuum, nec attentatum excuſat, *Zaſius in leg. Pomponius, § ſi iuſſu, ff. de acquir. poſſeſſ.* & poſſidens vi ſententiæ nullæ, occupator, non poſſeſſor dicitur, nec iudicis authoritas illi prodeſt, per notata *ad dict. leg. qui iuſtè*, imò ſpoliare cenſetur iudex, qui ſine cauſæ cognitione procedit, *Panormitanus. & ibidem Canoniſtæ, in cap.*

conque-

Digitized by Google

conquerente, ext. de reſtitut: ſpoliator. vbi tradunt, quem poſſeſſorio recuperandæ poſſeſſionis experiri poſſe, contrà iudicem extraiudicialiter procedentem, vt contrà priuatum.

Quod autem † *ex cap. bonæ, 51. ext. hoc titul. & cap. non ſolum,* 183
eod. in 6. in reuocatione attentatorum, etiam fructus in reſtitutionem venire, dictum eſt, animaduertendum, poſſe interuenire quaſdam circumſtantias, quæ aliud ſuadeant, vt condēnatio fructuum non fiat, ſed tacitè reſeruetur, vſq; ad finem litis, de quibus, *in Tom. 4. Symph. par. 1. vot. 39. nu. 17. vſq; ad finem*, vbi hanc doctrinam aliquot præiudicijs eſſe confirmatam, refertur.

His ita conſtitutis, exoritur quæſtio, quo remedio attentata reuocari poſſint?

Pro cuius exactiore cognitione † ſciendum, triplici via peti 184
reuocationem attentatorum: Via priuilegiatiua, ſeu iudicis officio nobili, vt vocant; Secundo, via ordinaria, appellationis medio, per viā iniuſtitiæ, quo incidenter & acceſſoriè, veniunt attentata reuocanda, v.g. ab interlocutoria, appellatione interpoſita, non reuocantur regulariter attentata, niſi in euentum victoriæ cauſæ principalis; idem iudicium eſt, in extraiudiciali grauamine, nam non niſi probata veritate cauſæ appellationis, ſeu eadem iuſtificata, reuocantur, idemq; obtinet in non inſinuata appellatione, *Ordin. Cam. Imp. par. 2. tit. 29.* §. Jtem ſo ſo[illegible]ç. *in fin.* Tertio per viam nullitatis & querelæ, vt appellatione deſerta, reuocabuntur attentata, non quidem via priuilegiatiua attentatorum, ſed beneficio nullitatis: Hinc per manus interpretum traditur, vbi non competit via priuilegiatiua ſeu officium iudicis nobile, quo reuocantur attentata, remanere alteram, nullitatis ſcilicet, ſeu beneficium iniuſtitæ, aut viā ordinariam, coràm ordinario videlicet agendo, per viam nullitatis & querelæ, *Herculanus, de attentatis cap. 30. nu. 57. Manfredus, de attentatis, par. 11. num. 21. cum ſequen. & concuſ. 75.* 80. 114. 196. videatur & *Lancelottus, de attentatis, part. tertia. capite* 21. quare retractata cauſa, retractabitur executio, non quidem

per

Digitized by Google

Vnde quamuis † *Francus, in d. c. non ſolum* & alij exiſtiment, 187
vt petens reuocationem innouatorum caueat, ne conteſtetur litem, & petat ſimul attentata reuocari, quia cum ordinariam viam habeat, ceſſet extraordinarium remedium, & exemplo ſpoliati, qui ſi ſuper negotio principali litem conteſtetur, non licere poſtea experiri reſtitutorio interdicto, *cap.* 1. ibidem *Canoniſtæ, ext. de reſtit. ſpoliator.*

Exiſtimo, † *inquam*, etiamſi quis litem conteſtatus ſit, ſi- 188
mulq; reuocationẽ attentatorum petierit, innouata eſſe reuocanda, *Couarr. pract. quæſt. cap.* 23. *nu.* 3. *Menoch. remed. vlt. n.*38. *Lancelot. de attentatis, c.* 23. *nu.* 10. *&* 34. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 146. *poſt nu.* 10. *Codex Fabr. lib.* 1. *tit.* 10. *defin.* 2. *&* 20. vbi refert ita in Senatu Sabaudiæ definitum eſſe, *Author præiud. Cam.* in verbo, *attentata*, verſic. Dieweil nicht allzeit ꝛc. vbi dicitur, eò decurſum eſſe, vt poſt litem conteſtatam, libellus attentatorum ſummarius, cum annexa petitione exhibeatur, quod comprobat *Ordinat. Cam. Imp. par.* 3. *tit.* 31. §. So mit vnd neben der Ladung ꝛc. quãuis conſultius videatur, non coniungi cauſam attentatorum, cum cauſa principali, cum in illa procedi poſſit, antequam hæc tractetur.

Secundum declarationem † tamen *Cam. Imp. d. titul.* 31. §. 189
Vnd dieweil bißher ꝛc. vbi ſtatuitur, ſi in continenti probari poſſint, nec altioris inquiſitionis, tunc ante omnia reuocanda eſſe, alias cauſam attentatorum non retardare, aut ſuſpendere cauſam principalem, quod iuri conſentaneum eſſe, conſtat *ex Bartholo, in leg. naturaliter*, §. *nihil, ff. de acquir. poſſeſſ. Mynſing. cent.* 3. *obſ.* 33. *Gail, lib.* 1. *obſ.* 146. *nu.* 2.

An autem cum hoc caſu vtrumq; iudicium ſimul tractandum, & proſequendum ſit, ſi in cauſa principali, prius concludatur, cauſa attentatorum nedum ad finem perducta, an in principali nihilominus pronunciari poſſit, aut vice verſa, ſi in cauſa attentatorum prius, quam in cauſa principali concludatur, an non exſpectata concluſione cauſæ principalis, ſuper attentatis pronunciandum ſit? & id vtrobiq; ſtatuendum, vide-

licet prius in cauſa attentatorum pronunciandum eſſe, *Mynſing. d. obſ.* 33. *Gail, d. obſ.* 146. *nu.* 9. vbi *Ordin. Cam. Imp.* recitato
190 loco ita exaudiunt, de proceſſu † nimirum, non autem de pronunciatione, aut deciſione attentatorum, idque ſæpius factum *in Cam. Imp. d. loc. nu.* 8.

Si itaq; attentata, altiorem indaginem requirant, ea non ſuſpendent cauſam principalem, hocque caſu libellum exhibendum, & ſuper eo litis conteſtationem interponendam, exiſtimat *Gail, d. obſ.* 146. *nu.* 3. *Mynſing. cent.* 1. *obſ.* 26. imò *Author praiud. Cam.* in verbo, *attentata*, verſ. *in cauſa attentatorum, fol.* 50. refert libello attentatorum porrecto; litis conteſtatione opus eſſe; quaſi actor libellum porrigens, ordinarium proceſſum elegiſſe videatur, vnde conſultius eſſe, per modum ſupplicis libelli, reuocationem peti, probationesq; in continenti afferri, in cuius præiudicium attentatum, & ita de plano eſſe procedendum.

191 Porrò, † cum generaliter & indiſtinctè *Comitiis Imp. Anno* 70. habitis, §. In puncto attentatorum, *fol. mihi* 615 generaliter definitum ſit, in puncto reuocationis attentatorum &c. ſine litis conteſtatione, ſeparatoue proceſſu, implorato officio judicis, eſſe procedendum &c. *Ciſnerus ad Ordin. Cam. Imp. par.* 3. *tit* 31. ibi, Man wil auch ꝛc. referat ſolum ſummariè procedendum, adiuncta hac communi interpretum enũciatione, quod quæ officio iudicis expediantur, item cauſæ ſummatim excutiendæ, non requirant ſolennitates, (de quibus *in clem. ſæpe, de verb. ſignif.*) *l. à diuo* 15. §. *ſi rerum*, 4. vbi ſedes ordinaria, *ff. de re iud. l. ſi quis à liberis*, §. *ſi vel parens, ff. de liberis agnoſcen. l. nec quidquam*, 9. §. *de plano*, 3. *ff de offic. proconſul. l.* 3. §. 9. *ſciendum, ff. ad exhibendum, l.* 2. §. *dies, ff quis ordo in bonor. poſſ. l.* 3. §. *ſi cauſa ff de bonor. poſſeſſ.* Latè *Forcatulus, dial.* 80. vbi explicat, quid ſit de plano, vel leuato velo, vt ait *l. penul. C. de naufragiis &c.* rem expedire, *Maranta, par.* 4. *diſt.* 9. *circa princip.*

In hac autem conditione, cauſam attentatorum eſſe, conſtat ex allegatis, à *Petro Gilken. in l.* 1. *nu.* 108. *C. de litis conteſtatione,*

tione, *& Ordin. Cam. Imp. par.* 3. *tit.* 31. §. Vnnd ſollen ſolche Sachen attentatorum &c. non diutius immorandum, nec etiam amplectendi, quæ ex *Authore præiudiciorum, de libelli exhibitione &c.* commemorata ſunt, per tradita *à Maranta, diſput.* 4. vbi multis authoritat. comprobat, ſi ſummatim procedendum ſit, non videri receſſum ab hac via, exhibendo libellum, *& par.* 4. *diſtinct* 9. *nu.* 203. cum aliquot ſeq.

Licet autem in cauſis attentatorum procedatur, ſummatim, de plano, ſine libelli oblatione, litis conteſtatione, vti dictum eſt, non tamen per hoc cauſæ cognitio cenſetur ſublata, ideoq; ea non præcedente, reuocatio non facienda, *Lancelot. de attentatis, par.* 3. *cap.* 25. *nu.* 33.

Animaduertendum itaque, an requiſita adſint.

Requiritur enim primo, † appellatum fuiſſe, intra decem 192
dies, ſeu tempus legibus definitum, quare facta executione, intra decem dies, ſi poſt decendium appelletur, geſta, pendente termino ad appellandum, non reuocantur, *Lancelott. de attentatis, capit.* 11. *numer.* 42. vbi *authorit. & deciſion.* hoc comprobat.

Secundo, intra tempus appellationis fuiſſe attentatum, habetur .n. etiam ratio eorum, quæ, ante appellationē interpoſitam, attentata ſunt perinde, ac ſi eſſent acta, appellatione pendente, paria enim ſunt eſſe appellatum, & eſſe intra 10. dies, ad
appellandum, nam pendente termino † decem dierum, atten- 193
tata reuocantur, *cap. non ſolum, hoc tit. in* 6.

Sed dubitationis eſſe poterit, quomodo hoc caſu, tempus decem dierum computandum ſit.

Et quidem *Lancelottus, d. limitat.* 11. *nu.* 13. exiſtimat ſi quid attentetur, poſt 10. dies, à die ſententiæ, intra tamen decem dies, à die notitię, non via attentatorum, ſed via iniuſtitię reuocari, tamen cum hoc tempus decendij non currat, niſi à tempore ſcientiæ, contra ſe latæ, de qua re copioſè dictum, *in cap.* 5. huius tractatus, videtur non tempus ſententiæ, ſed ſcientiæ ſpectandum, *cap.* 7. *non ſolū, iuncto cap.* 8. *concertationi, hoc tit. in* 6.

Digitized by Google

Hinc deducit *Couarru. pract. quæſt. cap.* 23. *nu.* 2. damnati ad mortem teſtamentum valere, modo obierit, eo tempore, quo potuerit appellare, quod cum hoc temperamento intelligendum exiſtimatur, ſi hæres intrà decendium prouocet, *Gail, lib.* 1. *de Pace publica, cap. vlt. nu.* 6.

194 Quò pertinet † quæſtio, an defuncto reo, intra 10. dies præfinitos appellationi crimen extinguatur, etiam quoad bonorum confiſcationem?

Et quamuis hæc inueſtigatio infructuoſa videatur, cum nec appellationi, in cauſa criminali, nec confiſcationi bonorum regulariter locus ſit, ex conſuetudine quorundam locorum, tamen pro reſolutione, videatur *l. vltima, C. ſi pendente appellatione &c. & C. ſi reus vel accuſator &c. l.* 2. §. 2. *eum, ff. de pœnis, l.* 6. *ſi quis,* §. 8 *hi autem omnes, ff. de iniuſto, rupto &c. l. Imperatores,* 2. §. *fin. l.* 3. §. *fin. de illo, ff. de bonis eorum, qui ante ſententiam &c. l. vnica*, verſ. *quamuis pendente appell. &c. ff. ſi pendente appellatione &c. iuncto cap. non ſolum, in* 6. *Guido Papæ, de appellat. nu.* 98. *cum ſeq.* Vbi hanc quæſtionem in vtramq; partem deducit. *Ferrarius, eod. tit. lib.* 2. *cap.* 12. *Iulius Clarus, in practica criminali, quæſt.* 51. *nu.* 12. *quæſt.* 94 *nu.* 7. *cum ſeq.*

Illud dubitatione caret, mortuo reo, pendente appellatione, in cauſis appellationum, ferri ſententiam, propter damna, *Codex Fabr. lib.* 4. *tit.* 12. *defin.* 1.

Tertio, requiritur, cauſam, appellationis tempore in alio ſtatu fuiſſe, quàm nunc ſit, *Canoniſtæ, in dict. cap. non ſolum,* 7. *hoc tit. in* 6. *Lancelottus, de attentatis, par.* 3. *cap.* 26. *Tom.* 5. *Symph relat. vlt. nu.* 95.

195 Secundo, conſiderandum † in reuocatione attentatorum, an ea cauſam principalem concernant, & abſq; eius præiudicio reſcindi non poſſint, vt in ſpecie *l.* 57. *Chirographis,* §. 1. *ff. de adminiſt. Tutor.* ſi enim victoria ſuper attentatis dependeat à cauſa principali, aut eidem præiudicium inferant, remedio attentatorum non erit locus, ſed ſententia definitiua, ſuper cauſa principali exſpectanda, *puta*, ſi actum ſit interdicto vti poſſidetis,

tis, contra Titium contendentem ſe in poſſeſſione lignandi &c. appellans autem in puncto introductæ appellationis, libellum attentatorum offerat, narrando, appellatos in loco litigioſo arbores excidiſſe &c. ideoq; omnia reuocanda eſſe, nō auditur, cum deciſio huius puncti pendeat à cauſa principali, *Lancelottus, de attentatis, par. 3. q. 19.* vbi exemplo, & authoritatibus illuſtrat, exceptionem, quod attentatorum cognitio à cauſæ principalis definitione pendeat, admitti, neq; reuocari attentata ſed demum in fine litis, cum ipſa ſententia, idq; obtinet, tàm in cauſis appellationum, quàm ſimplicis querelæ, *Gail, lib. 1. obſ. 145. 146. poſt nu. 8. Tom. 1. Symph. par. 1. tit. 4. de conſtitut. pignoration. nu. 55. fol. mihi, 372. & tit. 7. de litigioſa poſſeßione, voto 1. Tom. 2. par. 1. voto 1. nu. 1. cum ſeq. fol. 40. & voto 25.*

Idem iudicium eſt, † ſi attentata non pertineant ad proceſſum cauſæ, ſeu ſeparatam cauſam habeant, à cauſa appellationis, remedium enim attentatorum, non habet locum in ſeparatis articulis, ab appellatione, & non habentibus connexitatem, *Lancelottus, cap. 12. limit. 2.* Cum enim interpoſita appellatione, ab vno articulo, non inhibeatur cognitio aliorum, quibus prior articulus præiudicare non poteſt, *Text.* ſecundum Dd. ſingularis, *in l. generaliter, §. his de præſentib. C. de Rebus Creditis*, non reuocantur attentata, *& argum. cap. 10. ſuper eo, ext. hoc tit.* ſicuti nec reuocatio admittitur, in appellatione ab vno articulo, ex connexis, cum alijs, à quibus non poteſt prouocari. 196

Quare prohibita appellatione à definitiua, impermiſſa erit ab interlocutoria, præcedente illam, nec à quolibet incidenti articulo, & conſequenter, reuocationi attentatorum non erit locus, ſecundum *Manfredum de attentatis, concluſ. 224.* id enim connexitatem cauſæ impetrare creditur, quod argumentum, à connexis, non eſt infrequens in iure, *l. plerumq; 35. ff. de ædilitio Edicto, cap. translato, 3. ext. de conſtitut.*

Exemplum ſeparatæ cauſæ attentatorum, à cauſa appella-

 tionis,

tionis, vide *Tom. 1. Symph. par. 1. tit. 7. de litigioſa poſſeſſ. vot. 2. poſt nu. 2. cum ſeq.*

197 Tertio, inſpiciendum, † an appellatio iudici inſinuata ſit. Quamuis .n. in abſentia eiusdem, ex ſtylo, interpoſita appellatio ſubſiſtat, ſi tamen iudici, & parti, de ea non conſtet, ſine periculo attentatorum procedi poteſt ad executionem, *Ord. Cam. Imp par. 2. tit. 29. §. penult.* So ſoll ꝛc. *Maranta, par. 6. hoc tit. nu.* 402. *Lancelottus, de attentatis, appellatione pendente, nu.* 8. 9. *cum ſeq. & limit.* 36. alias appellans quid innouans, in cauſam desertę appellationis incidit, auxilio enim legum indignus eſt, qui dum eas inuocat, contra ipſas committit, *l. auxilium, 37. ff. de Minoribus, cap. bonæ, 23. ext. de electio n. cap. quia fruſtra, 14. extr. de vſuris, Mynſingerus, centur. 2. obſeruat.* 50. *Gail, libr. primo obſeruat.* 146. *numero duodecimo.* Vnde cautela eſt, vt probatis attentatis non petatur reuocatio attentatorum, ſed pronunciatio deſertæ appellationis, hæc, inquam, procedunt, ſi iudex aut pars notitiam habuerit prouocationis, aliàs, nec appellans audiretur, nec vt attentata reuocarentur, ſecundum Ius Commune, & ordinationem, reportata tamen victoria, in cauſa principali, eadem per viam iuſtitiæ reuocantur, *Mynſing. cent. 2. obſ.* 85 *cent.* 4. *obſ.* 44. Sufficere verò videtur, iudici inſinuatam, cum pars propria authoritate nihil exequi poſſit, de qua re plenius ſuo loco.

198 Quarto ſtatuitur, † appellatum petentem reuocationem attentatorum, ferendum non eſſe, ſi appellationem impugnet, *Lancelottus, de attentatis, limitat.* 41. per regul. cap. *ex eo,* 38. *de R. I. in ſexto.* eo enim ipſo, quod quis impugnet fundamentum ſui iuris, illi videatur tacitè renunciaſſe, *cap. cum olim, 19 in fin. extr. de cenſibus.* Quo pertinet *l.* 8. §. *meminiſſe, ff. de inofficioſo teſtamen. leg. poſt* 5. *ff. de his quæ vt indignis &c leg. qui falſas, ſexta. Cod. ad leg. Corneliam, de falſis cap. præſentium, 31. extr. de Teſtibus. cap. 1. ſi Romanorum, diſtinct.* 19.

Et licet mihi in præſentia propoſitum non ſit, in hanc declarationem inquirere, tamen ſuſpecta ex ea conſideratione,

reddi-

Digitized by Google

redditur, quod dictæ regul. *ex eo* 38. locus non ſit, ſi quis neceſſitate coactus, actum impugnet, & in foro receptum ſit, vt formalia appellationum oppugnentur, *Denaiſius*, in verbo *appellationis iuſtificatio*, §. 4. *formalia &c.* videtur, neceſſitatem excuſatam eſſe debere.

Quinto refertur,† reuocationem attentatorum non habere locum, ſi conſenſu partium attentatum ſit, cum pars, ſi aſſenſum accommodet, iure queri non poſſit, neque iudex appellationis offendi cenſeatur, niſi reſpectu intereſſe partium, quo ceſſante, læſionis ratio non conſideranda, vide *Tom. 5. Symph. relation.* 15. verſ. *quod autem &c. fol.* 90. 199

Denique,† in hoc puncto attentatorum videndum, an periculum armorum ſubſit, niſi authoritatem ſuam iudex interponat, hic enim citra omne periculum aut vitium attentatorum, non obſtante quacunque pendentia litis, iudex in cauſa procedere poteſt, *Panorm. Francus, in cap. conſtitutis, & cap. vt noſtram, ext. hoc tit. Menochius, remed. vlt. recup. poſſeſſ. num.* 40. vbi probat, ſi ob aliquod imminens periculum, attentatum quid ſit, id non reuocari, *Codex Fabrianus, lib.* 1 *tit.* 10. *defin.* 16. refert, reuocationi locum non eſſe, ſi ea citra euidentem iniuriam fieri non poſſit. 200

Idem probandum,† ſi appellationem ius improbet, remedio attentatorum non erit locus, & infra decem dies exequi poterit, nam cum induci ius permittat executionem, non dicitur innouatum, *Mandoſius de inhibit. q.* 100. *Herculanus, de attentatis, cap.* 5. *in fin. & cap.* 18. *nu.* 13. *& cap.* 31. *nu.* 1 *&* 7. *Lancelot. de attentatis, cap.* 11. *nu.* 26. *&* 27. 201

Quare, cum nõ ſuſpẽdatur iuriſdictio iudicis A QVO, prohibita appellatione, in caſib. iure ꝓhibitis, non eſt, quod de cõmiſſo peccato in legem, aut damno partis, & conſequenter de reuocatione attentatorũ tractetur, de quib. copioſè dictũ ſupra *in cap.* 3. huius Tractatus, *Marant par.* 6. *hoc tit. poſt nu* 407.

An autem iure quid innouari poſſit, emanata inhibitione, ad appellationem moratoriam, ſeu friuolam appellationem.

Et

Et ſunt, qui exiſtiment, huiuſmodi, non obſtante inhibitione decreta, attentari poſſe, cum ea vigore fruſtratoriæ appellationis non poſſit operari ſuum effectum, quia non ſit canonica, *cap. non ſolum, 7. in fine, hoc tit. in 6.*

Contrarium tamen receptum, ne prætextu iniuſtæ inhibitionis pars grauetur, & ita ſeruari refert *Lancelottus, de attentatis, limit. 6 nu. 19.*

202 Quia obtineat, † in appellatione admiſſa, quo ad deuolutionem, non autem quoad ſuſpenſionem, an prætermittenda ſit reuocatio attentatorum?

Affirmant *Canoniſtæ, in cap. paſtoralis, §. præterea, ext. de officio delegati, Couarruuias, pract. quæſt. cap. 23. nu. 7.* recepta enim eſt ab Interpretibus illatio, appellatio ſuſpendit iuriſdictionem iudicis, aut operatur effectum ſuſpenſiuum, ergo reuocantur attentata, & è contrà &c.

Exemplum communiter huius rei adſertur in iudicio poſſeſſorio, in quo appellatio recipienda non ſit, quo ad effectum ſuſpenſiuum, ſed tantum deuolutiuum, de qua re in cap. 3. dictum eſt.

203 Idem iudicium eſſe ſtatuitur, † in appellatione prohibita ab homine, vt puta, cauſa commiſſa, remota appellatione, cuius clauſulæ vi, nulla recipitur appellatio, niſi cauſa expreſſa. *Benderus, de reuiſion. concl. 36. nu. 13.* vbi hoc authoritatib. comprobat, & nec operatur effectum ſuſpenſiuum, niſi delatum, aut inhibitum ſit, *Canoniſtæ in cap. paſtoralis, ext. de offic. delegati, Lancelottus, de attentatis, limitat.* 8. vbi hoc ampliat, & declarat.

Pro coronide, excutienda hæc à Dd. frequens eſt agitata quæſtio.

204 An ſi appellanti obijciatur † defectus notorius iuris in cauſa principali, ideoq; ipſius non interſit, attentata reuocari, hæc exceptio admittenda ſit?

205 Et videtur ſuaderi poſſe, † ſi de non iure petentis reuocationem attentatorum conſtet, remedium hoc non habere locũ,

ex eo,

ex eo, quod daretur occaſio peccati, quod petens reuocationem fructus rei perciperet indebitè cum ad earum reſtitutionē teneatur, & dolo petat id, quod mox reſtituturus ſit.

Secundo, cum attentata veniant ex natura ipſius appellationis, & ſint acceſſoria, horum ratio non habenda eſt, quia in cauſa principali petens ſuccumbat.

Deniq; remedium attentatorum non habeat locum, quotiens nullum intereſſe partis verſatur, *Herculanus, de attentatis, cap. 5. nu. 9. Couar. pract. quæſt. cap. 23. nu. 4.*

Verum, †contrarium amplectendum videtur, ſubſequentibus in conſiderationem adhibitis, quod an defectus iuris in cauſa principali appellanti obſtet, non partis, aut iudicis A QVO, ſed iudicis AD QVEM ſit cognoſcere, *iuxta cap. conſtitutus*, 8. ibidem *Canoniſtæ, ext. de filiis Presbyterorum.* 206

Deindè, ſi colore obiecti defectus iuris ipſius appellantis probaretur, aut ferretur hęc nouatio, facilè iuriſdictio iudicum appellationis circumueniri poſſet.

Nec refert ſi dicatur; contrariam opinionem ita exaudiendam, ſi notoriè conſtet de non iure appellantis, nam, cum interpoſita appellatione, iudex A QVO &c. deſinat eſſe in cauſa iudex ipſi non incumbit cognitio, an, ius appellanti competat, ſitq; defectus notorius, nec ne.

Huc accedat, ſpoliatum reſtitui, non obſtante quacunq; exceptione dominij, defectus notorij tituli &c. *l. ſi quis ad ſe fundum &c. 7. C. ad l. Iuliam, de vi publica, cap. 5. in literis, ext. de reſtit. ſpoliator. Menochius, remed. vlt. recup. poſſeſſ. num.* 32. probat exceptionem defectus tituli, agenti ad recuperandam poſſeſſionem, ex officio iudicis, obijci non poſſe, & attētata reuocāda eſſe, ex officio iudicis, cum illi videatur iniuria illata, latè *Fachineus, lib. 8. controu. iur. cap.* 10. quæ quidem reſtitutio non in titulo, aut iure petentis, ſed in odio ſpoliantis fundatur, *cap. fin. extr. de ordine cognitionum.* Iuſtiori ex cauſa id obtinebit in remedio attentatorum, cum æquè aut magis priuilegiatum ſit, vt ita loquar, quàm remedium interdicti, cumq; atten-

tata reuocanda ſint ex mero officio iudicis, etiamſi pars non poſſit petere eorundem reuocationem, ne attentantis temeritas maneat impunita. & contemptus iudicis plus inſpiciatur, quàm læſio iuris & partis, ſeu ius agentis, hæcque reuocatio attentatorum potius cauſetur ex facto & culpa attentantis, quàm ex aliquo iure, quod cohæret ipſi, contra quem innouatur.

Vnde licet, de non iure appellantis conſtet, tamen ius illud extrinſecum, quod ex facto attentatis fuerat cauſatum, remanet, non enim requiritur in reuocatione attentatorum probatio poſſeſſionis, aut tituli &c, ſed ſolius mutationis ſtatus rei, pendente appellatione, *Lancelottus*, *de attentatis*, *par.* 3. *de attentatorum probatione, numero trigeſimo.* meritò reuocationi locus erit, & ita in Senatu Sabaudiæ definitum eſſe refert *Codex Fabrianus, lib.* 1. *tit.* 10. *defin.* 4. vbi ait, reuocationem attentatorum non excludi, per exceptionem non iuris &c. in prophanis, quis ius reuocandi attentata, non ad ius collitigatoris duntaxat, pertineat, ſed ad publicam præcipue vtilitatem, & iudicis ſpretam authoritatem, quam non contemni publicè intereſt, nec decurſu ſuſceptæ defenſionis excutient *cap.* 12. *ſi conſtiterit, ext. de accuſationib. cap* 8. *conſtituitur*, *ext. de filiis presbyterorum*. ſumpto argumento à contrario ſenſu, ratio enim huius colligi poterit *ex cap.* 10. *quoniam*, *extr. de filiis presbyterorum*, *cap. ſignificaſti*, 4 *ext. de diuortiis*, maximè verò, cum ſecundum quorundam declarationem procedant, in beneficialibus, non autem in prophanis, *Tom.* 4. *ſymph. par.* 1. *voto* 59 *nu.* 12. Videatur *Herculanus*, *de attentatis*, *cap.* 14 *nu.* 19. *Lancelottus*, *de attentatis. par.* 3. *q.* 1. *cap.* 24. *&* 27 *&* *q* 10.

Et hæc de definitiua ſententia ſuffecerint.

207 Sin autem † ab interlocutoria, appellabili tamen, interpoſita ſit prouocatio, tunc demum reuocatio attentatorum admittitur, cum appellatio probata recepta, aut iuſtificata per probationem fuerit, *id eſt*, probetur vera cauſa appellandi, niſi delatum ſit, & quidem ſimpliciter, & non cum clauſula

ſoli-

ſolita, ſi & in quantum &c. quoniam, ſi de iure non erat deferendum, non cenſetur delatum, *Maranta, hoc tit. par. 6. hoc titul. num.* 211. aut niſi poſt inhibitionem facta ſit innouatio. *d. cap. non ſolum*, vbi *Canoniſtæ, hoc titul. in 6.* quam canonicè aut legitimè emanatam debere eſſe ſtatuitur, *capit. Romana, §. quod ſi obijciatur, hoc titul. in ſexto. Marant. hoc titul. par. 6 num.* 207. *Couarruuias, pract. quæſt. cap.* 24. *nu.* 3. de qua re ſupra dictum eſt.

Principali tamen ſententia, in cauſa appellationis lata, attentata reſcinduntur vel reuocantur, *Canoniſtæ, in d. cap. non ſolum, Maranta, hoc tit. par. 6. poſt nu.* 172.

Ex his deducitur, quomodo intelligendum ſit, quod à quibuſdam traditur, innouata ante inhibitionem non reuocāda, ſed ad deciſionem cauſæ principalis differenda eſſe, ſi nimirum de interlocutoria quæſtio ſit, aliud autem obtinere, in appellatione, à ſententia definitiua, iure interpoſita, vbi appellatio ſtatim abſq; vlla iuſtificatione habet effectum ſuſpenſiuum, nec neceſſaria eſt iuſtificatio, aut expreſſio cauſæ, vt iurisdictio iudicis A QVO ſuſpenſa cenſeatur, quæ requiruntur, in appellatione, ab interlocutoria, vt ſuſpenſa ſit iuriſdictio, videlicet cauſæ expreſſio, eius iuſtificatio, ſeu probatio.

Hæc rectè etiam transferuntur ad appellationes interpoſitas, à grauamine extraiudiciali, vt demum reuocationi attentatorum locus ſit probata vera cauſa appellandi, ſeu iuſtificata appellatione, *gloſſ. in cap. non ſolum hoc tit. in 6. Lancelott. de attentatis, cap.* 12. *limit.* 3. 208

Quamuis alij exiſtiment, in appellatione extraiudiciali, ad reuocationem attentatorum ſufficere, appellatum fuiſſe ex cauſa probabili, & veriſimili, quos citat *Couarruuias, pract. quæſt. cap.* 24. *numer.* 5. Quibus ſuffragari videtur *tex. in capit.* 51. *bonæ, extr. hoc titul.* in verbis, *ex veriſimilibus, & probabilibus cauſis, ad nos legitimè interpoſitæ fuiſſe noſcuntur &c.*

Nec ad rem facere videtur ſequens conſideratio, *in d. cap.* 51.

probatam fuiſſe, veritatem cauſæ appellandi, & ad ipſam appellationem iuſtificandam, ſatis eſſe probare, ex cauſa probabili & veriſimili fuiſſe interpoſitam, non tamen id ſufficere, ad reuocationem attentatorum, quia de probata cauſa appellationis non conſtat, *in dict. cap. bonæ, 51.* imò Summus Pon-
209 tifex † addit rationem deciſionis, quia ex probabili cauſa appellationes interpoſitæ eſſe videantur, quo caſu, inhibitionem poſſe decerni, ſtatuitur *cap. Romana, 3. §. quod ſi obijciatur &c. & cap. 7. in fine, hoc tit. in 6.*

Verius tamen videtur, *in d. cap. 51. bonæ memoriæ*, ideò attentata reuocari, quia ſpoliato poſſeſſio redintegranda ſit, & hoc moueſſe Summum Pontificem, etiam animaduertit ibidem *Cuiacius.* Licet alij aliter ſentiant, exiſtimantes præcedere debere inhibitionem, quos refert *Author præiud. Cam.* in verbo, *attentata.* verſic. *attentata quando &c fol 49.*

In hac autem reuocatione, cum appellatio extraiudicialis ſit tantum prouocatio ad cauſam, quæ non ſuſpendat præterita, ſed tantum futura reſpiciat, ne grauatus indebitè moleſtetur, *Gail, lib. 1. obſ. 120.* in fine, videndum, vt ſolum illa reuocentur, quæ, contra appellationem legitimè interpoſitam, facta ſunt, *Marant hoc tit. par 6. nu. 401.*

210 Vltimò, † vtrobiq; conſiderandum, an nouatio facta ſit à tertio, hic enim nec inhibitio nec remedium attentatorum locum habet contra tertium, *cap. Romana, § fin. hoc titul in 6. Canoniſtæ,* & in primis, *Francus, in cap. bonæ, hoc tit. Gail, lib. 1. obſ. 144. nu 9.*

Nec obſtat *cap. ex parte A. 7. ext de teſtibus,* quia tertius ibidem habuit cauſam à iudice innouante, imò etiamſi in ea cauſa non ſit, ſi ſuccedat, in re vitio affecta, reuocantur, aut ſpoliatus reſtituitur, *d. cap. 7.* quod ſingulare eſſe deprædicant, ſpoliatus enim etiam à iudice, non iure, reſtituendus eſt, contra tertium, quia beneficium momenti datur & eum, ad quem res peruenit, per notata *ad cap. 18. ext. de reſtitut. ſpoliator.*

211 Ex his deducitur, † cum inhibitio tertium non arctet, appellatio-

lationem, à Creditore aduerſus mandatorem inſtitutam, non obeſſe, quo minus debitor principalis conueniatur, *l. Creditor, 60. ff. mandati*, id enim obligationis diuerſitas impetrat, obligatio enim ex mandato & mutuo, quæ eſt principalis obligatio, diuerſa ſunt.

Idem obtinet in fideiuſſore, *l. reos, 23. l. fin. C. de fideiuſſorib.* latè *Mindanus lib. 3. de continentia cauſæ, cap. 16. nu. 23. & capit. 22. nu. 22.*

Maioris controuerſiæ eſt; an inhibitio in fauorem debitoris principalis emanata, proſit fideiuſſori, & ſi contra hunc agatur, huius rei nomine querelam apud iudicem deferre poſſit.

Variè ſentit *Mandoſius, de inhibitione, q. 48. 68. & 91. Lancelottus, de attentatis, limit. 6. cap. 20.* vbi refert, emanatam inhibitionem principalis, non prodeſſe fideiuſſori.

In contrarium vrgere videtur argumentum *l. Sancimus, 3. §. & cum antiquitas, fin. C. de vſuris rei iudic. l. 1. C. de diuerſis Reſcriptis.*

Deindè, quod interſit principalium; ne fideiuſſores moleſtentur, nam vt textus *in l. aduerſus, 29. ff. de arbitris*, dicit, poteſtate à reo petitur.

Deniquè, quod obligatio fideiuſſoris ſit indiuidua, & connexa cum cauſa principali, quæ connexitas hoc impetrare videtur, peruulgatam doctrinam interpretum, in indiuiduis & connexis, multa admitti, quæ aliàs non recipiantur.

Hinc *Tilmannus, de Benignis*, obſeruatum refert, *Peutec. 2. obſ. 9.* Cauſa principali, quo ad ipſum debitorem, deuoluta ad Cameram Imper. ſi contra fideiuſſores procedatur, ratione continentiæ cauſæ, appellari poſſe, quia coràm vno Iudice tractanda.

Quod dictum † ſuperius, contra tertium; non habere locum remedium attentatorum, ſed coràm ordinario conueniendum, *Mandoſius, de inhibit. q. 111.* Declaratur procedere, niſi impediatur iuriſdictio iudicis appellationis, aut tertius adhæreat appellationi, *Manfredus de attentatis, concluſ. 114.* latè 212

Lancelot. de attentatis, cap. 3. *de attentatis, à tertio, nu.* 53. *&* 65. Vel deniq;, niſi tertius inniteretur, ſe fundando in iure cauſæ principalis, à qua fuit prouocatum, *Menochius, remed. vlt. recup. poſſeſſ. nu.* 44.

Hic non intempeſtiuè queritur, Appellatione iniuſta reperta, † an attentata reuocanda ſint?
2.

Cauſam dubitandi præbet, quod innouatione licet etiam cenſeatur offendi iudex ſuperior, id tamen non aliter intelligatur, niſi reſpectu intereſſe partis, cuius cum nihil interſit, reperta, aut pronunciata eius iniuſta appellatione, hoc in conſiderationem venire non debere, *Couarruuias pract. quæſt. cap.* 24 *ante nu.* 4.

Quibus reſpondent, appellatione nulla, deſerta, reuocationi attentatorum locum non eſſe, *Lancelot. limit* 50. *per totam, & cap.* 12. *ampliat.* 1. *Gregorius Tholoſan. lib. vniuerſi iuris meth. parua, lib.* 1. *cap fin. circa finem.*

Contrarium tamen dicendum videtur, etiam iniuſta appellatione reperta, attentata reuocanda eſſe, non enim ſolius collitigantis fauor inducit attentatorum reuocationem, ſed publica vtilitas, ſpreta iudicis, ad quem, cognitio rei ſpectabat, authoritas, quam vindicari publicè intereſt, nec refert, nihil intereſſe attentati, nam ne impunè contempta videatur authoritas iudicis, nihilominus reuocanda ſunt, cum expenſis maximè ſi quæ factæ ſint, & ita definitum refert *Codex Fabr. lib.* 1. *tit.* 10. *defin.* 1. huc referri poſſunt, quæ hoc *cap. nu.* 206. dicta ſunt.

De hac materia, plura ſcribere ſuperſedeo, quod *Lancelottus, in ſuo tractatu, de attentatis*, accurate eam perſecutus ſit, Vnde lectorem etiam eodem breuitatis cauſa reijcio, exemplo *Q. Scæuolæ*, Legum clariſſimi & certiſſimi Vatis, quem *Valerius Maximus, lib.* 8. *cap.* 13. *in princip.* refert, quotieſcunque de iure prædiatorio conſulebatur, ad *Furium & Caſellium*, quia huic ſcientiæ dediti erant, conſultores reieciſſe, ab his, id negotium aptius explicari poſſe confitendo, qui quotidiano eius vſu callebant &c.

Ad officia iudicis appellationis redeamus, ad cuius quarto pertinet, animaduertere, ne appellantes beneficio à Lege conceſſo, appellationis abutantur, ne inde iniuriarum occaſio naſcatur, vnde iura naſci debeant, *l. meminerint, C. vnde vi,* Cum .n. pleriq; eo conſilio prouocent, vt rei laboribus fracti, ſumptibus exhauſti, tędio victi, liti cedere, vel importunitatem actorũ redimere cogantur, vt huic malitiæ occurratur, & via præſcindatur, è re partium erit, vt coram primo iudice cauſa accuratè inſtruatur, & iura ſeu merita cauſæ plenè deducantur, quo facto, ſi alteruter litigantium à ſententia lata prouocet, iudex appellationis libellum exhibitum, cum actis prioris inſtantiæ conferat, an ſit mera repetitio priorum, et tunc reiecto libello cauſam pro concluſa acceptet, committendum enim non eſt, vt appellationis beneficio iniquitati arcendę comparato, cauſa in infinitum extrahatur, per repetitionem actorum, *l. ampliorem, 39 §. in refutatoriis,* ibidem *Baldus & Dd. C. hoc tit. Ordin. Cam. Imp. par. 3 tit 33. §.* Wo aber obg- melter maſſen ꝛc. *Gail, lib. 1. obſ. 128.* de qua re dictum. *circa finem cap. 1. huius Tractatus, & cap. vlt.* vbi de officio appellati egimus.

Porrò, † quamuis grauamina eadem cum articulis prioris inſtantiæ admittenda non ſint, ſi tamen ad vlteriorem probationem, vel plenius probandum, appellans ſe offerat, ipſius petitio non iniuſta cenſenda, *l. eos 6 §. 1. C. hoc tit. l. per hanc, 4 in fine, C. de tempor. appellat. Ordinatio Camer. Imp. par. 3. tit. 33. §.* Im fall aber ꝛc. in verbis, Oder das jenig/ſo in voriger Inſtantz ꝛc. Si tamen Iudex animaduertat, hanc cautelam, qua priorum articulorum admiſſio recipitur, ſtudio & cauſa protelandæ litis excogitatam, aut ad eam decurſum, appellantem pœnæ ſubiugabit. 214

Quintò, † officio Iudicis incumbit, vt conſideret, an nullitates in primo iudicio commiſſæ ſint, quatenus autem reddatur iudicium nullum, videre eſt plenè apud *Marantam, part. 4. diſtinct. 16. & Vantium in ſuo tractatu, de nullitatib. &c.* in ſumma ſentẽtia dici poteſt nulla, vel ratione iuriſdictionis, perſonarũ, 215

loci,

loci, cauſæ, ordinis iudiciarij &c. nullitates itaque, in priori iudicio commiſſæ, conſiderandæ veniunt; quia nullitas ſemper
216 tacitè ineſt appellationi; † & ex vi ipſius verbi incluſa cenſetur, licet non exprimatur, *l. quædam mulier, 41. ff. familiæ erciſcundæ, l. fin. ff. de iure patronatus, l. ſi is quem, 4. C. de liberali cauſa*, Hinc *Baldus, in l. pactum tale, §. qui prouocauit &c. ff. de pactis*, dicit, nullitatem in appellationis ventre claudi, ideoque etiam nulla facta mentione nullitatis, ea ex officio attendi debet, *Mynſing. cent. 1. obſ. 20; cent. 2. obſ. 77. nu. 6. Gail, lib. 1. obſ. 77. nu. 6. & obſ. 127. nu. 2.*

Quod eò producitur, vt iudex ex officio, nullitatis exceptionem, in ipſa executione opponere, & petentem executionem reijcere, modò ſit euidens, & ex actis notoria, & de facto ſupplere poſſit, cum in ijs, quę iudici ex actis conſtant, ei notoria dicantur, ideoque de facto ſupplere poſſit. *per allegata, à Rulanto, de Commiſſariis, par. 3. lib. 19. de remed. conſeruand. cap. 17. nu. 3.*

Quod verò iudex appellationis de nullitate &c. cognoſcere poſſit, & debeat, extrà pugnam eſt; recepta enim eſt Dd. ſententia, appellationem deuoluere articulum appellationis nullitatis, eiuſque deciſionem, item negotium principale, & eius cognitionem, cum acceſſorijs, ita, vt de his omnibus ad iudicem appellationis deferatur iurisdictio, & ipſe cognoſcere & decidere debeat, (hi enim ſunt effectus appellationis, quos Dd vocant effectus deuolutionis, videlicet, cauſam ad ſuperiorem deuolui) *cap. dilectis, 55. cap. 54. ſolicitudinem, ext. hoc tit.* vbi non tantum de excommunicatione, ſed etiam de iniuria & iniquitate admiſſa, in cauſa principali, cognitio defertur, *latè Tom. 4. Symph. par. 1. voto, 1. nu. 63. & voto 25. nu. 86. cum ſeq.* idq; maximè procedit, cum nullitas vnà cum appellatione in iudicium deducitur, quod conſultum eſt, ad impediendam executionem, quam cumulationem nullitatis & iniquitatis faciendam in eſſe diſponitur, *Ordinat. Cam. Imp. par. 3. tit. 34. circa princip.*

Quare

Digitized by Google

Quare, ſi † iudex appellationis eam deprehendat, parte etiã 217
non petente, & lite non conteſtata, ſuper nullitate notoria pronunciare debet, *Ordinat. d. loco* §. Vnd ſoll alſo/ ꝛc. verſic: Es were dann/ ꝛc. *Mynſing. cent: 1. obſ: 20.* vbi refert, aliquoties ita in Camera Imp: obſeruatum fuiſſe, *& cent. 4. obſ. 63. vbi num. 5.* ait, ſi ſuper deuolutione, aut deſertione ſit concluſum, aut etiam antequã de appellationis deuolutione cognoſcat, ſi ex actis prioribus de nullitate notoria conſtet, tunc ſuper ea, etiam lite non conteſtata, pronunciari, *Gail, lib. 1. obſ. 77. num. 6. cum ſeq.* ne in executione opponatur, & ita conſideratum in quadam cauſa refert, *Rulantus, par. 3. lib. 8. de proceſſ. iud: interrog: cap. 16 num. 1.*

Quod adeò verum putant Interpretes, vt ſi ſententia ſit ipſo iure nulla, non poſſit reformari per iudicem appellationis, ſed tantum debeat pronunciari nulla, *Barthol. in l. ſi vt proponis, Cod. quomodo & quando iudex, Sichardus, in l. 1. Cod. de ſentent. ex breuiculo recitand. numer. 3. Mynſing. cent. 1. obſer. 27* ſaluo tamen iure iterum agendi, *cap. cum dilecti, vbi gloſſ. Abbas. ext. de emption. & vend. Maranta, par. 5. tit. & omnia fiunt durante &c. nu. 51.* Vnde, ante omnia inquirendum, cuius ſit iuriſdictio, cum primum, & præcipuum fundamentum cuiuslibet iudicij ſit, *l. 3. C. de iuriſdict.* ne, inanibus litis ſumptibus, litigatores vexentur, & labefactetur rerum iudicatarum authoritas, ſi poſt varios iudicij anfractus, latamq; ſententiam appareat, de cauſa perperam cognitum ab eo, cuius iuriſdictio non fuit.

Poterit tamen iudex † appellationis, etiamſi videat ſententiã 218
nullam, ſuper eiuſdem iniquitate pronunciare, ad conſeruandum honorem iudicũ, qui nulliter proceſſerunt, & ita obſeruatum fuiſſe, refert *Mynſing. cent. 3. obſ. 72.* idemq; obtinet, ſi partim nulla, partim iniqua ſit ſententia, vt ſufficiat dicere, malè iudicatum, *Mindanus, lib. 3. cap. 11. nu. 33.*

Quod autem † dictum eſt, nullitatum habendam eſſe ratio- 219
nem ſingulariter declaratur, non procedere, in Cõſiſtorio Summi Principis, vbi nullitates tantum reſpicientes proceſſum

 poſi-

poſitiuum, & non naturalem, in conſiderationem non veniunt, duplex enim refertur nullitas, vna proceſſus, ſiue ordinis iudiciarij, quæ etiam nullitas Iuris Ciuilis dicitur, altera. iuris naturalis, illa, neque partium iura, neq; cauſarum merita concernit, ſed tantum figuram, ſolennitatemque iudiciorum reſpicit, & quia coram Principe magis veritas, quam ritus iudiciorum conſiderari & attendi debeat, æquum eſt, vt poſthabitis huiuſmodi nullitatibus, cauſa decidatur, quam, dum de ijs diſputatur, ea protelctur, §. *vlt. inſtitut de exception. in fine, iun-*
220 *cta l. ſi fideiuſſor,* † 29. §. *quadam ff. mandati*, vbi ait I. C. de apicibus iuris non congruere, diſputare, dicuntur autem id quod veritatem, ſubſtantiam negotij, quod agitur, non tangit, ſed rigorem potius, ſeu ſolennitatem quandam iuris reſpicit, ſed de hoc tantum, debitor quis ſit, nec ne, nec imputandum fideiuſſori, quod non traxerit negotium oppoſita exceptione moratoria &c. Vbi obiter animaduertẽdum, quod *in d.* §. *quadam*, 4. vocatur, apices iuris, interdum ſimpliciter ratio dicitur, vt in *l.* 1. §. *ſi ergo, ff. ſi pars hæred petatur, l. penult. iuris ratio, ff. de manumiſſ. l. qui quadraginta*, 88. §. 1. *ff. ad legem Falcidiam, l.* 18. §. *vlt. ff de ſtipulat. ſeruorum.* Sæpe etiam vocatur ratio diſputandi, *l. ita vulneratus*, 51. *ff. ad L. Aquiliam*, interdum ſubtilitas ac rigor iuris, *l.* 24. *generaliter*, §. 1. *ſi quis ff. de fidecommiſſ. libertat. l. penult. C. de iure dotium*, aliàs ius ſubtile, ius merum, mera ratio ſubtilis, ſtricta ratio, *l.* 36. *ff. de admin. Tut. l.* 22. §. *ſi. hi, ff. mandati, l.* 1. §. 10. *accuſationem, ff. ad S. C. Turpillian. l.* 3. §. 1. *ff. de adimend. legat.* vulgò autem, ius ſtrictum.

221 Vt igitur iuris ratio, † attendi non debeat in contractibus, & iuris nimiæ ſubtilitates ſcrupuloſitateſuè, *Cuiacius, lib.* 27. *obſ.* 23. ſi æquitatis ratio aliud ſuadeat, iuſtiori ex cauſa, id in iudicijs fauore litium expediendarum, ſibi locum vindicabit, cum conducat Reipublicæ, & partibus, ne lites in infinitum extrahantur, & iudicem, ſi videat, iudicium deficere, ex defectu alicuius ſolennitatis, ex officio ſupplere debere, cum hoc partium vtilitatem, & fauorem concernat, *cap. finem, ext. de dolo & con-*

& contumacia. Ex Panormitano, in cap. cauſam, ext. de re iudicat. tradit Gail lib. 1. obſ. 42. nu. 5. hancque doctrinam approbat *Ordinatio* † *Cam. Imp. par. 3. tit.* 34. vbi ſtatuitur, neglectis hu- 222
iuſmodi nullitatibus, in cauſa principali pronunciari, quid iuris ſit, *Gail, d. obſ. 42. & 75. cum ſeq. Mynſing. centur. 1. obſer. 27. cent. 4. obſ. 62. cent. 5. obſ. 93. Rulantus de Commiſſar. par. 3 lib. 9. de remed. conſeru. cap. 17. nu. 1.* vbi ait, ita quotidie in Camera Imperiali obſeruari, *& lib. 8. de proceſſ. iud. interr. cap. 15 nu, 7. Tom. 1. Symph. par. 2 tit. 17. voto 5. num. 4 cum ſeq. Tom. 2. par. 2. voto 41. nu. 18. 19. & 32. cum ſeq. & voto 47. num 7. cum ſeq. Græuæus, ad Gail, lib. 1. concl. 42.* multis authorit. & deciſion: comprobat, iudicem appellationis poſſe confirmare, vel reformare priorem ſententiam, in parte, vel in toto, quo ad merita & negotium principale, non attenta nullitate proceſſus, licet ex mente aliorum ſublato prius vitio pronunciationis prior ſententia confirmari poſſit, vt ſententia die feriato lata, omninò ex appellatione reſcindenda ſit, *Codex Fabrianus, lib. 3. tit. 11. definit. 1.*

Ex ſuperioribus deducitur, licet litis conteſtatione omiſſa, iudicium nullius momenti ſit, *cap. vnico, ext. de litis conteſtatione, cap. accedens, §. cum igitur, ext. vt litē non conteſtata &c.* cum ea ſit lapis angularis, vt cum Dd. loquar, & fundamentum iudicij, *Mynſing. cent 3. obſ 74. Gail, lib. 1. obſ. 75.* tamen in Conſiſtorio Summi Principis, quale eſt Camera Imperialis &c. modo de principalis cauſæ meritis conſtet, eiuſdem omiſſio non vitiat proceſſum, *Gail d. loco.*

An autem hæc litis conteſtatio † in primo iudicio interpo- 223
ſita, in ſequenti repeti debeat, non vſquequaq; conuenit inter interpretes.

Etenim *Mynſing. cent. 1. obſ. 1. & obſ. 58. & cent. 4 obſer. 66. Gail, lib. 1. obſ. 76* ſtatuunt, regulariter effectum litis conteſtationis, in prima inſtantia, ad cauſam appellationis extendi, authoritate *l fin. §. illud, vbi Dd. Cod. de tempor. appell. cap. per tuas, 58 ext. hoc tit.*

Verum, hi textus concepti ſunt, in caſum alterutrius partis abſentiæ, ideóq; cauſa agi poteſt *μονομερῶς*, & nõ cognitionaliter, *vt in l final. ff ad S. C. Trebellianum, in l. 4 ſi accuſatoribus, C. de accuſation. l. 3. C. de quæſtion.* non opus eſt litis conteſtatione, *Canoniſtæ in d cap per tuas*, quod approbauit *Ordin. Cam. Imp. Ratisbonæ* conſtituta, *Anno* 1507. §. Item/ Er ſoll auch in gemein &c. *fol.* 79. *&* §. ſolches/ wie gemelt &c. *fol. mihi*, 80.

Alij diſtinctione rem poſſe expediri exiſtimant, vt interſit inter appellationem, à ſententia definitiua, & interlocutoria, vt hic conteſtatio litis neceſſaria nõ ſit, *cap. interpoſita*, 70. §. *fin. ext. hoc tit.* illic aũt abſq; præuia litis conteſtatione, ad definitiuam ꝓcedi non poſſe, *c. per tuas*, 58. *ext. hoc tit.* Sũpto argumẽto à contrario ſenſu. Videatur *Couar. in cap. Raynaldus*, § 2. *nu.* 1.

Quam ſententiam approbatam *in Ordin. Cam. Imp. par* 3. *tit.*
224 32. §. Wo aber der Appellat &c.† colligi videtur, vbi .n. ſtatuitur, ſi appellatum à definitiua, ꝓducendum eſſe ſummariũ libellum, vel articulatum, etſi appellatus contra formalia appellationis nihil opponat, litem conteſtetur, generalis aũt regula eſt, in quibus cauſis libello opus ſit, in ijsdẽ litis conteſtationem requiri. Communiter *Canoniſtæ, in cap. quoniam frequenter &c. ext. vt lite non conteſtata &c.* vnde cũ ab interlocutoria, loco libelli, inſtrumentum appellationis repetendũ, nec libellandũ concedatur, & loco concluſionis libelli ſubijcienda breuis petitio, benè iudicatũ, malè appellatũ, *Ord. Cam. Imp. par.* 3. *tit*, 31. §. Wo aber von einer &c. conſequens videtur, nec litis conteſtatione̅ neceſſariam eſſe, cum nec libelli oblatione opus ſit. Videatur *Ciſnerus ad Ord. Cam. Imp. par.* 3. *tit.* 31. *Author præiud Camer.* in verbo *litis conteſtatio*, verſ. *litis conteſtatio, fol.* 181.

225 Hinc † refertur ex ſtylo Cam. Imp. concluſionem factam, litis conteſtatione omiſſa, reſcindi, & partib. litis cõteſtationẽ iniungi, etiamſi cauſa ſit ſummaria, licet .n. cauſæ ſummariæ ſolennitates eiuſmodi nõ requirãt, *Mynſing cent* 3 *obſ* 70. tamẽ hoc verum eſſe, quidam arbitrantur, ſi cõſtitutione Principis, ſtatuto, aut authoritate legis ita diſponatur, aut committatur

cauſa

Digitized by Google

cauſa expedienda, *Gilken. in l. 1. nu. 51. cum ſeq. C. de litis conteſtat.* aliàs, nedum in ordinarijs, ſed etiam ſummarijs, litis conteſtationẽ exigi, *Barthol in l. 1. §. hoc autem. ff. de damno infecto*, vbi ait, in omni cauſa, in qua ſperatur, ſententiam ſequi, neceſſariã eſſe litis conteſtationẽ, licet cauſa ſit ſummaria, *l. Tigni. 7. §. 4. ſi quis non, §. idem ſcribit, 6. l. Iulianus, 9. §. proindè, 6. ff. ad exhibendum, Tom. 4. Symph par. 1. vot. 52. à n. 11. vſq; ad n. 26. iuncto n. 66 cũ ſeq.*

Quod dictum eſt, nullitates commiſſas non conſiderandas.

Declaratur non procedere primo, † ſi adducta nullitate parti, in cauſa principali, damnum irreparabile inferatur. 226

Secundo, ſi tam manifeſta nullitas eluceat, quæ in cauſa appellationis iuſtificari aut ſanari non poſſit, *Ordinat. Camer. Imp. VVorm. Anno* 1521. *tit.* Die nullitet berůhrent *in fin. fol.* 118. *& Ordin. Anno* 1523. *tit.* Wie auch in appellation ꝛc. §. Ferner der Nichtigkeit halben ꝛc. *fol.* 154. *Ordinat. par. 3. tit. 34. Mynſing. cent. 5. obſ. 93. Tom. 1. Symph. par. 2. tit. 8. voto 10. nu. 23* cum ſeq. adeò, vt iudex ſententiam nullam ex defectu inſanabili confirmare non poſſit, quia nullitas hæc in ſecunda inſtantia remanet, & influit in ſecundam ſententiam, *Grauæus, ad Gail. concluſ. 127. nu. 5.*

Tertia declaratio eſt, † ſi ex actis ſtatus cauſæ percipi nõ poſſit, *Gail, lib. 1. obſ. 42. nu. 7.* hoc enim caſu, ex officio ſuper nullitate pronunciatur, & partibus iniungitur, vt in principali cauſa de nouo procedant, *Mynſing. d. cent. 39. Author præiud. Cam.* in verbo, *nullitas*, verſ. *in Cam. fol.* 237. ita, vt acta prioris inſtantiæ, tanquam defectuoſa & nulla (probatorijs tamen reſeruatis) caſſentur, & partes ad agendum in cauſa principali admittantur, *Mynſing cent. 2. obſ. 25. Rulantus, par. 3. de Commiſſ. lib. 9. de remed. conſeru. cap. 17. num. 7.* vbi formulam & decretum, ſententiæ, in hanc rem adfert. 227

Quarta declaratio eſt. † ſi nullitas deprehendatur, ex defectu iuriſdictionis, quamuis enim *in Ordinatione &c. par. 3. tit. 34.* exceptiones ſuprà allegatæ, regulam confirmare videantur, tamen nullitas ex defectu iuriſdictionis procedens, nulla lege, 228

aut ſtatuto cenſetur ſublata, *Gail, lib.* 1. *obſer.* 42 *nu.* 8. *Mynſing. cent.* 4. *obſ.* 63. *nu.* 4. neceſſariò enim ſuper nullitate pronunciandum, nec ſententia confirmari poterit, videatur *Tom.* 1. *Symph. par.* 2. *tit.* 8. *voto*, 1. *cum ſeq. nu.* 11. 12. 91. 102. *&* 164. *cum ſeq.*

Diſſentire tamen videtur *Grauæus, ad Gail, concluſ.* 42. vbi refert, ſententiam quantumuis nullam ex defectu iurisdictionis, confirmari poſſe, ſi de bono iure ex actis conſtet, quod cõſideratione ſequenti amplectendum videtur, ſi enim conſtet, iudicem appellationis, aut nullitatis, nullam omnino iurisdictionem habere in cauſa, puta, laicum in cauſa merè ſpirituali pronunciaſſe, etiamſi de bono iure, in cauſa principali conſtet, ſententiam confirmari non poſſe, à iudice appellationis ſtatuendum videtur, ſed ex officio ſuper nullitate pronunciãdum, & non ſuper cauſa principali, & cauſa coram ordinario iudice, de integro tractanda, quia hæc nullitas inſanabilis ſit, quæ ſuppleri non poſſit, quò pertinet *Ordinat. Cam. Imp. par.* 3. *tit.* 34. §. Vnd ſoll alſo/ §. Es were dann/ *Mynſing. cent.* 5. *obſ.* 93. *nu.* 4. *Codex Fabr. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 10.

Sin autem iudex appellationis, vel nullitatis, per appellationem, haberet aliquam Iurisdictionem, licet, in prima inſtantia, cauſa apud eundem agitari non poſſet, fauore litium expediendarum, priorem confirmari poſſe, æquum videtur, niſi cauſa nullitatis, in ſecunda inſtantia, non ceſſet.

Quæ dicta ſunt, de ſententia iudicum transferri poſſunt ad ſententias arbitrorum, vt & hic, ſuper nullitate, ex defectu iurisdictionis, pronunciandum, *Rulantus, de Commiſſ. par.* 3 *lib.* 8. *de proceſſ. iud. interr. cap.* 2. *poſt nu.* 28 vbi hoc aliquot præiudicijs confirmat.

Exemplum autem defectus iurisdictionis eſt, ſi quis iudex pronunciet, vt talis, ſi talis non ſit, ſententia eſt nulla *Dd ad l. ſi per errorem ff de iurisdictione*, modo cum errore iudicis cõcurrat quoq; error partium *l.* 2. *conceſſione* §. 1. verſ. *proinde ff de iudiciis*, ibidem *Fulgoſ. Bald & Angel.* de qua re late *tom.* 1. *Symph. par.* 2. *tit.* 8. *voto* 1 *per tot.*

Idem

Idem † obtinere creditur, ſi iuriſdictio iudicis, obiectione incompetentię in dubium vocata, particulari definitione, non decidatur, ſed ad vlteriora procedatur, ſententia nullius momenti ſit, ſed neceſſariò pronunciatio requiratur. 229

Quæ in quęſtione, tamen communiter id procedere exiſtimatur, in illo iudice, cuius iuriſdictio funditus nulla ſit, non autem ſi per exceptionem tantùm elidi poſſit, latè *Tom. 1. Symph. par. 2. tit.* 8. *voto, 2. nu.* 162. cum ſeq. *Tom. 4. par.* 1. *voto,* 19. *nu.* 61. cum aliquot ſeq. Aut ſi exceptio dilatoria ſit, & quæ impediat litis ingreſſum, eam iure reiectam intelligi, iudice procedente ad vlteriora, *Codex Fabrianus. lib.* 8. *tit.* 23. *defin.* 29. vbi ita in Senatu Sabaudiæ definitum refert, videatur *Menochius, lib. 2. præſumpt. præſumpt.* 64. vbi ad longum examinat, quatenus exceptio oppoſita præſumatur à iudice, reiecta, procedendo ad vlteriora, *Gilken. in l.* 1. *nu.* 11. 12. *&* 13. ſuprà allegatam diſtinctionem impugnandi, occaſionem quærit, *C. de ordine iudiciorum.*

Ex his ita diſpoſitis, † colligitur, quatenus iudex appellationis, neglectis nullitatibus, ſi de meritis cauſæ conſtet, ſuper ſententiæ iniquitate, ſententiam ferre debeat, qua ratione autem pronunciandum, ſi in prima inſtantia rectè, in ſecunda nulliter ſit proceſſum, an iudex tertiæ inſtantiæ, ſuper cauſa principali, cognoſcere poſſit? Et quidem de iure communi, vt dictum eſt, ſuper nullitate proximæ ſententiæ pronunciandum eſſet, tamen cum extra recitatos caſus nullitatis, in conſiſtorio Summi Principis, ſuper cauſa principali cognoſci poſſit, dubium non eſt, quin iuriſdictio iudicis appellationis fundata ſit, formulam pronunciandi, in hoc caſu, vide *Tom. 2 Symphor. par. 2. vot. 2. in fine, Author præiud. Cam.* in verbo *ſententia,* verſ. *ibi tametſi, fol.* 313. *Rulantus, par.* 3. *lib.* 8. *de Proceſſ. iud. interr. cap.* 16. *n.* 2. vbi preiudicijs confirmat, nullitatum commiſſarum, in prima inſtantia, rationem non haberi, ſi in ſecunda ritè proceſſum ſit. 230

Et hæc, quod cauſa appellationis † deuoluat cauſam nullitatis 231

tatis,eiuſque deciſionem, intelligenda ſunt,de interpoſita appellatione, à ſententia definitiua, à ſententia enim interlocutoria,grauamen duntaxat expreſſum deuoluitur, nec de nullitate cognoſcere poterit iudex, *Canoniſtæ, in cap. vt debitus,ext. hoc tit. Gail, lib.* 1. *obſ.* 127. *nu.* 4. *Mynſing. cent.* 5. *obſ* 92. *nu.* 4. vbi diſtinguit, an nullitas deducatur tanquam grauamen, pro iuſtificatione appellationis interpoſitæ,an non &c.

Ex ſupra dictis exoritur dubitatio, qui fieri poſſit, cum iudex appellationis neceſſe habeat, de nullitate commiſſa, in primo iudicio cognoſcere, nihilominus tamen, prolata ſententia,ea denuò principaliter in iudicium deduci poſſit,ferendum enim non videtur, vt de eadem nullitate bis quæratur, & tamen communis Interpretum ſententia eſt,vt refert *Mynſing. cent.* 2. *obſ.* 77 deſerta appellatione,non cenſeri deſertam nullitatem,etiam decurſo tempore, ad appellandum.

232 Pro conciliatione † propoſitæ difficultatis,res ita digerenda videtur,vt confirmata prima ſententia, poſthabita aliqua nullitate,in primo iudicio commiſſa, quæ in ſecunda inſtantia ratificari poſſit, de nullitate prioris ſententiæ,poſt confirmatoriam, amplius agi non poſſe,niſi aliqua nullitas,in ſecunda inſtantia, peracta, vel prima ſententia contineat expreſſum iuris errorem, hoc enim caſu, confirmatoria ſententia non tenet, nec confirmatur per appellationem. *Text celebris,in l. ſi expreſſim,* 19. vbi *Bartholus, ff. hoc titul. iuncta l.* 2. *Cod. quando prouocare non eſt neceſſè*, quia error primæ ſententiæ cenſetur ineſſe ſententiæ confirmanti, *l.* 1. §. 1. *item ſi &c.* verſicul. *ſed etſi huius quæſt. &c. ff Quæ ſententia ſine appellatione, Dd. ad l. vnicam C de errore calculi. Mynſing. cent.* 4. *obſ.* 63. *nu.* 3. *cent.* 5. *obſ.* 91. *nu.* 9. *Gail lib.* 1. *obſ.* 127. *nu* 3.

Sin autem proponatur, iudicem pronunciaſſe appellationem deſertam, tunc principaliter de nullitate agi poterit, *l* 19. *ſi expreſſim, ff hoc tit. cap licet,* 14. *de ſentent excommunicat in* 6. etiamſi nullitas principaliter in iudicium vnà cum appellatione,deducta ſit, vt putat *Couarruuias pract. quæſt. cap.* 24. *in fine,*

cum

cum enim ex officio ſuper deſertione pronunciandum, obq; defectum iuriſdictionis, de nullitate cognoſci non poſſit, inconueniens videtur, appellantem, à quæſtione nullitatis principaliter motæ, excludi, *Mynſing cent. 2. obſ. 77. cent. 4 obſ. 63. in fine.*

Nec obſtant ſuperius dicta, ſuper nullitate pronunciandum, etiamſi ſuper deſertione ſit concluſum, & antequam de appellationis deuolutione cognoſcatur, quare, ſi neglectis nullitatibus, feratur ſententia, ſuper deſertione, illarum rationum non habendam eſſe denuò videtur, quia procedunt in notoria nullitate, fieri enim poterit, deſertionem appellationis in aperto eſſe, ita, vt de cauſa nullitatis, aut iniquitatis, cognoſci non potuerit.

Et hæc ita interpretanda videntur, alias confirmata priore ſententia, nullitatibus commiſſis excuſſis, ijsq; neglectis, abſurdum erit, iudicem ſe interponere debere, aut appellantem audiendum, cum iam in cauſa appellationis ab eo huiuſmodi nullitatum nulla habita fuerit ratio, & tamen communi calculo interpretum receptum eſt, easdem conſiderandas eſſe, nullitatis quæſtione principaliter mota.

Et licet *Couarruuias*, *d. loc.* exiſtimet, ſi pronuncietur, malè appellatum, nihil obeſſe, quò minus principaliter nullitas in iudicium deduci poſſit, quamuis actum ſit, in examine appellationis, de nullitate incidenti, & acceſſoria ipſi appellationi, cum ea, quæ ſint incidenter & ſummatim examinata, poſſint iterum principaliter tractari, *l. penult. ff. de his qui ſunt ſui vel alieni iuris &c. l. ſi quis §. meminiſſe, ff. de liberis agnoſcendis.*

Verum, cum Iudex appellationis ante omnia, & quidem ex officio neceſſe habeat, de nullitatibus commiſſis, in primo iudicio cognoſcere, ſi ijsdem neglectis, pronunciet, benè iudicatum, denuo de his agi, aut iudicari non debere videtur, quia, vt dictum eſt, cauſam appellationis deuoluere nullitatem, eamq; venire incidenter.

Idem iudicium eſt, † ſi cauſa nullitatis principaliter propo- 233

natur, ea autem principaliter in iudicium deducta cenſetur, ſi petatur ſententiam nullam, eiuſque reſciſſionem, quatenus de facto proceſſit, abſque mentione appellationis, incidenter verò intentata dicitur, ſi per modum exceptionis proponatur, item ſi appellatum ſit ſimpliciter, intentato namq; remedio appellationis, nullitas etiam comprehenditur, aut ſi dicatur, ſententiam eſſe nullam, & ſi qua eſt, appello, *Mynſin cent 5 obſ. 91. nu. 9.* vbi ait, ita obſeruari, licet *Couarruias*, contrarium referat, *d. cap. 24.* & alij exiſtiment, nullitatem principaliter ita intentatam cenſeri, hæcque communior opinio exiſtimetur, & conditionaliter, diſiunctiuè & non copulatiuè, propoſitam nullitatem intelligi, vt ſi locum habeat nullitas, euacuatur appellatio, & è contra &c. latè *Otto Melander ad Meurerum, par. 4.*

Contrarium tamen receptum eſt, *Ordinat. Cam. Imp. par. 3. tit. 34.*

Effectus huius rei eſt, vt ſi dicatur malè appellatum, nullitas amplius opponi non poſſit, *Tilmannus, de Benignis, tit. pract. obſ. obſ. 1.*

434 Si itaque principaliter † nullitatis cauſa proponatur, tunc iudex, tàm ſuper nullitate, quàm iniquitate, ſeu cauſa principali pronunciabit, licet de nullitate ſententiæ tantum dictum ſit, communis enim eſt, & recepta Dd. concluſio, cauſam nullitatis etiam deuoluere, cauſam principalem, & occaſione, ſeu intuitu principalis negotij, cum nullitate principaliter mota, id deuoluatur, locum eſſe, *lege per hanc, Cod. de tempor. appellat.* & non deducta deduci, & non probata probari poſſe, *Græuæus, ad Gail, concluſ. 127. num. 3.* adeò, vt iudex confirmare etiam ex nouis probationibus, vel etiam reformare, ex noua cauſa poſſit, *l. 1. §. 1. verſic. ſed ſi huius, ff quæ ſentent. ſine appellat. l. abſentem, 6. Cod. de accuſationib. Gail, lib. primo. obſeruat. 127. num. 1.* (in hac tamen cauſa nullitatis principaliter deducta termini circumflectionem locum habere, confirmat præiudicio, *VVurmſerus, titul 6. obſeru. 16.*) Hinc traditur, vt merita cauſæ principalis in iudicium deducantur,

ita

ita vt Iudici appellationis vel nullitatis de negotio principali conſtare poſſit, vt quamuis ſententia prima ſit nulla, ex aliquo defectu, nihilominus tamen, quo ad merita cauſæ, ſententiam illam, iudicem appellationis vel nullitatis confirmare poſſe, licet cauſa nullitatis deuoluta ad ſuperiorem, de Iure Communi de vtraque pronunciari debeat, de nullitate ſententiæ nimirum eiuſdemq; iniquitate, ſeu cauſa principali, defectus enim nullitatis ſeu vitium prius tolli debet, *Barth. Caſtrenſis, Sichardus. in l ſi vt proponis, 14. nu. 19. C. quomodo & quando iudex &c. Zaſius, Duarenus, ad l. cum quærebatur, ff. de re iudicata, Codex Fabrianus, lib 3. tit. 11. defin. 1.* ita vt ſuper nullitate duntaxat, † vel iniquitate tantum, aut etiam ſuper vtraque, vel partim ſuper vno, partim ſuper alio pronunciare, in tali puncto ſententiam iuſtam, in tali iniuſtam, pro parte confirmare vel reformare poſſit, *Bartholus, in l. quædam, ff familiæ erciſcundæ, Baldus, in l. eos, Cod. hoc titul. Tom. 1. Symphor. part. 2 tit. 8 nu. 84. cum ſeq.* 235

Ex his reſoluitur quæſtio mota *à Ioanne Ferrario, hoc tit. ca. 4. lib 3.* & alijs, ſi ſententia partim ſit nulla, partim iniqua, deducto nullitatis iudicio, an tempus exercendæ appellationis elabatur, cum enim iudex nullitatis, de iniquitate cauſæ ſeu negotio principali, neceſſe habeat cognoſcere, fruſtra de ijsdem in cauſa appellationis inquirendum.

Deinde, cum iudicis appellationis officio contineatur cognoſcere de nullitate, ea poſthabita, ſi prior ſententia confirmetur, de illa amplius agi non poterit, vnde ceſſat illa inquiſitio, an pronunciando benè iudicatum, malè appellatum, videatur ſentẽtiam etiam quo ad nullitatem adeò ſuffulcire, vt impugnari non queat, quia vt dixi, neceſſariò de nullitate ſententiæ pronunciandum, eademq; neglecta.

Denuo non inquirendum, niſi prior ſententia expreſſum iuris contineat errorem, hanc iudice ſuperiore confirmante, prior ſententia nulla manet, & de nullitate dici poterit, *l. 1 §. ſed ſi huius ff. quæ ſententiæ ſine appellatione* ſc.

236 Verum quæſtionis eſt, † an ex ijsdem actis iudicabitur, an verò, tota cognitio ex integro repetenda, cauſa de nouo incipienda repertis nullitatib. Qua in quæſtione communiter diſtinguentibus acquieſcendum videtur; aut nullitas ad ſententiam tantum pertinet, vt quia die feriata lata, tunc iudicandum ex ijſdem actis, aut verò nullitas exiſtat vitio proceſſus, ſeu verſetur, circa omnia geſta in iudicio, tunc omnia ex integro repetenda, *Dd. ad l. ſi vt proponis, C. quomodo & quando iudex*, ibidem *Sichardus, nu. 25. Zaſius, Duarenus.* ibidem *communiter Dd. in l. cum quærebatur, ff. de re iudicata, Tom. 1. Symph. par. 2. tit. 8. voto 2. nu. 90. & num. 172.* cum ſeq. Licet hoc in Conſiſtorio Summi Principis non tam anxiè attendatur, ſi de meritis cauſæ principalis conſtet, *Tom. 4. Symphor. part. 1. voto 25 poſt nu. 88.*

Declaratur autem hæc communis concluſio procedere.

237 Primo, † niſi nullitas commiſſa ſit, aut reſultet ex defectu iurisdictionis, hic enim nullitas non deuoluit cauſam principalem, nec ſententia confirmari aut reformari poterit, ſed neceſſariò ſuper nullitate pronunciandum, & ex integro cauſa principalis aggredienda, actis probatorijs in eum euentum illibatis reſeruatis & iure aptius agendi, & ſolet ita pronunciari, Daß durch Richter voriger Inſtantz nichtiglich procediert vnd geurtheylet/vnd wöllen die Partheyen ein ander ſpruch vnd forderung dieſer Sachen halb nicht erlaſſen/ daß ſie ſolches in gebürenden orten thun mögen ꝛc. quando enim ob iurisdictionis defectum proceſſus caſſantur, tunc partibus ex officio iniungendum, vt de nouo procedant, neq; omnia repeti poſſint, *Vide Tom. 1. Symph. par. 2. tit. 8. voto 1 circa finem, & voto 2. nu. 175. Tom. 4. Symph. par. 1. vot. 25. nu. 112.*

Idem iudicium eſt ſi in commiſſionibus tales nullitates, quę in Camera attenduntur, deprehendantur, *Rulantus, de Commiſſ. lib. 6. de publicat. & quæ eam ſequun. cap. 5. nu. 16. cum ſeq.* vbi *nu.* 18. formulam pronunciandi refert.

238 Secundo, † communis doctrina non procedit, in ſententia

lata

lata ex defectu ineptitudinis libelli, ſi ea expreſsè nec de iuſtitia cauſæ conſtet, *Mynſing. cent. 4. obſ. 5. Gail, lib. 1. obſ. 127. nu. 3. verſ. ſecundo limitatur.* hoc enim caſu, iudex appellationis talem ſententiam nullam ſuper inepto libello prolatam, reformare non poterit, ſed neceſſariò ſuper nullitate pronunciandum, & ita communi interpretum calculo receptum refert *Gail, lib. 1. obſ. 66. nu. 2. & obſ. 67.* in fine, id ſæpius *in Camera Imp.* obſeruatum fuiſſe, in cuius rei probationem adducitur *cap. 3. cum dilecti, ibidem* communiter *Canoniſtæ, ext. de empt. & vend. Couarr. in cap. Raynutius, §. 11. poſt nu. 3.* quæ declaratio memoriæ commendanda eſt, quamuis enim iudex primæ inſtantiæ poſſit, reiecto inepto libello, parti iniungere, vt alium iuri conformem & concludentem exhibeat; ita vt non ſit neceſſaria abſolutio ab obſeruatione iudicij, quæ etiam fieri poſſet, ſeruato tamen iure aptius agendi, *Panormitanus, in d. c. cum dilecti, Rulantus de commiſſ par. 3. lib. 2* de genere actionis inueſtigandæ, *cap. 3. nu. 35.* vbi ita in quadam cauſa pronunciatum refert, id tamen poteſtati iudicis appellationis non concedi, dictum eſt, cum neceſſe habeat, ſuper nullitate pronunciare, ineptitudinem autem libelli metimur ex eo, ſi ex illo non cōcludatur ius agendi, *l. 2. vbi gl.* in verbo, *apta C. de formulis & impetrat. &c. Gail, lib. 1. obſ 66 nu 14.*

Exempla huius rei extant *in tom. 2. Symph par. 1. vot. vlt tom. 4. Symph par. 1. vot. 31. circa princip.*

Tertia declaratio eſt, † ſi in cauſa criminali ſuper nullitate principaliter quæratur, tunc enim de nullitate, non etiam de meritis cauſæ principalis cognoſcendum; ſed ad ordinarium iudicem remittenda, ita diſponente *Ordin. Cam. Imp. par. 2. tit. 28 §.* Item nach dem *&c. tom. 1. Symph par. 2. tit. 18 vot. 1. nu. 1.* Si quis plures limitationes habere cupiat, conſulat *Barthol. & Dd. ad l. cum quærebatur &c ff de re iud. l. ſi expreſſim, ff. de appell. Panor. & Canoniſtas in cap. cum dilecti, ext. de empt. & vend.* 239

Sed coram quo iudice hæc quæſtio, † aut querela nullitatis proponenda? 240

 Omiſſa

Omiſſa longiore diſputatione ſciendum eſt, intereſſe inter iudicem delegatum, ſeu datum arbitrum, & ordinarium, vt illic, cum eius expiret iurisdictio, neque diſtinguatur, an rata ſit ſententia, an nulla *l. Paulus, reſpondit. l. index, ff. de re iudicata*, in alium iudicem, cauſæ cognitio reijcienda ſit, & querela coram ſuperiore proponenda, adeò, vt ne quidem interpretari ſuam ſententiam poſſit, *Menoch. lib. 1. de arbitrar. iudic quæſt. 67. per totum.*

Idem probandum eſt in commiſſionibus, vt nullitatibus commiſſis, non Commiſſarius, ſed ſuperior cognoſcat, *Rulandus, de Commiſſar. lib. 6. de publicat. &c. cap. 5. nu. 2. & 3.* In
241 ordinario autem diuerſum eſt, † quamuis enim hic ſententiã, quæ firma eſt, reſcindere nequeat, *d. l. Paulus, cum ſimilib.* tamen aliud obtinet, in ſententia, ab eodem lata, quæ nullius momenti eſt, cum ipſius iurisdictio perempta non ſit, *l. 1. Cod. de ſentent. & interlocut. om. iud. l. ſi accuſatoribus, C. de accuſat.* Et hac ratione, *l 4. ſi vt proponis &c. l. ſi Præſes 6. Cod. quomodo & quando iudex &c. l. 1. Cod de ſentent. ex breui: recitand. l. 4 ſi accuſatoribus, l. 6 abſentem, C. de accuſat.* conciliandæ ſunt. Communiter *Dd addict. l. ſi vt proponis &c. 4. Zaſius, Duarenus, ad l. quod iuſſit, & l. 62. cum quærebatur, ff. de re iudicat.* quamuis tamen negari non debeat, ſi litigator de fide, & diligentia prioris iudicis dubitet poſſe ſuperiorem adire, vt is ſententiam reformet, *d. l. abſentem, l. 1. §. 1.* verſ. *ſed ſi huius. ff. quæ ſententia ſine appellat. Mynſing. cent. 5. obſ. 92 nu. 5. Berthol, in l. ſi expreſſim, ff. hoc tit. Gail, lib. 1. obſ. 127. nu. 5.* quod tamen *Couarru. pract. quæſt. cap 9 nu. 2.* in fine admittit, in illo ſuperiore, qui poſſit adiri abſque appellatione, non autem in eo, qui tantum eſt iudex ex appellationis cauſa: Hinc qui de cauſa non aliter, quàm per appellationem cognoſcit, nõ poterit cauſa nullitatis principaliter abſque appellatione, coràm eo tractari, ibidemq; in hanc, multas authoritates adducit, quibus reſpondent, quod ab alijs traditur. facultatem quidem eſſe adeundi ſuperiorem, *iuxta l. quædã, ff familiæ erciſcundæ*, ſed id non fieri ex cauſa ſolius nul-

nullitatis,ſed ob appellationem principaliter interpoſitam,ob quam ad ſuperiorem, cauſa principalis deuoluta eſt, nullitates autem incidentes, in quæ, mihi animus non eſt in præſenti, inquirere, eò tamen decurſum eſt, † vt iudex appellationis, & ſic ſuperior, ſuper mota quæſtione nullitatis adeatur,& in facultate partis ſit, quem velit adire, *Gail, d loc. obſ.* 127. *nu.* 7. *Auth præiud. Cam.* in verbo, *nullitas*,ibi, *nullitatis iudex &c.* vbi refertur,*Cam. Imp.* de ſententijs nullius momenti,tanquam ſuperiorem cognoſcere,idque conſultum eſt,(ęque enim ferunt Iudices,ſi quis ipſorum ſentẽtias nullitatis arguere velit) quod duplici via, aut ratione explicari poterit, appellando, & querelam nullitatis intentando. 242

Hoc autem differentiæ intereſt, † vt appellatio ſecundum legem interponi debeat, querela autem nullitatis,vſque ad 30. annos, moueri poſſit,iuxta communem concluſionem, *Maranta, par* 6. *titulo*, Et demum fertur ſententia, *nu.* 154. *Gail. lib.* 1. *obſ.* 127. *nu.* 8. 243

Idem obtinet,ſi executionem ſententię obiectione nullitatis impedire quis velit,nam vltra 30. annos nõ auditur, quamuis .n. Doctores relati *à Rulanto d par.* 3 *lib* 8 *cap.* 15 *nu* 2. exiſtiment,nullitatem perpetuo excipiendo proponi poſſe, videatur *Codex Fabr. lib.* 2. *tit.* 32. *defin.* 4. *& lib.* 7. *tit.* 13. *defin* 6.

Tamen contrarium † ſolidioribus fundamentis ſubnixum videtur, vbi .n. exceptio principalem vim habet, ab actione, nec conſiſtit in puris exceptionis terminis,perpetua nõ eſt, ſed perit perempta ipſamet actione,vt communi Interpretum iudicio deducitur *ex l.purè,§.fin ff de except.doli,* vt qui poſſit agere,actione illa principali, à qua exceptio potiſſimum vires accipit,nec experitur intrà tempus præfixum ad agendum, non poſſe vti poſtea exceptione,quę vim habeat ab actione iure ſibi conceſſa *l.nam & poſtea,§.ſi minor ff.de iure iurando,verſ.præterea* vbi ait I.C.Prętereà exceptio ſtatutum tempus poſt annũ 25. non debet egredi. ibidem *Caſtrenſis, Iaſon & communiter Interpretes, Couar. pract. quæſt.cap.* 25 *nu.* 4. circa medium. 244

Vnde

aut ſtatuto cenſetur ſublata, *Gail*, *lib.* 1.*obſer.* 42 *nu.* 8. *Mynſing. cent.* 4. *obſ.* 63. *nu.* 4. neceſſariò enim ſuper nullitate pronunciandum, nec ſententia confirmari poterit, videatur *Tom.* 1. *Symph. par.* 2. *tit.* 8. *voto*, 1. *cum ſeq. nu.* 11. 12. 91. 102. *&* 164. *cum ſeq.*

Diſſentire tamen videtur *Græuæus, ad Gail, concluſ.* 42. vbi refert, ſententiam quantumuis nullam ex defectu iurisdictionis, confirmari poſſe, ſi de bono iure ex actis conſtet, quod cõſideratione ſequenti amplectendum videtur, ſi enim conſtet, iudicem appellationis, aut nullitatis, nullam omnino iurisdictionem habere in cauſa, puta, laicum in cauſa merè ſpirituali pronunciaſſe, etiamſi de bono iure, in cauſa principali conſtet, ſententiam confirmari non poſſe, à iudice appellationis ſtatuendum videtur, ſed ex officio ſuper nullitate pronunciãdum, & non ſuper cauſa principali, & cauſa coram ordinario iudice, de integro tractanda, quia hæc nullitas inſanabilis ſit, quæ ſuppleri non poſſit, quò pertinet *Ordinat. Cam. Imp. par.* 3. *tit.* 34. §. Vnd ſoll alſo / §. Es were dann / *Mynſing. cent.* 5. *obſ.* 93. *nu.* 4. *Codex Fabr. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 10.

Sin autem iudex appellationis, vel nullitatis, per appellationem, haberet aliquam Iurisdictionem, licet, in prima inſtantia, cauſa apud eundem agitari non poſſet, fauore litium expediendarum, priorem confirmari poſſe, æquum videtur, niſi cauſa nullitatis, in ſecunda inſtantia, non ceſſet.

Quæ dicta ſunt, de ſententia iudicum transferri poſſunt ad ſententias arbitrorum, vt & hic, ſuper nullitate, ex defectu iurisdictionis, pronunciandum, *Rulantus, de Commiſſ par.* 3 *lib.* 8. *de proceſſ. iud. interr. cap.* 2. *poſt nu.* 28 vbi hoc aliquot præiudicijs confirmat.

Exemplum autem defectus iurisdictionis eſt, ſi quis iudex pronunciet, vt talis, ſi talis non ſit, ſententia eſt nulla *Dd ad l. ſi per errorem ff de iurisdictione*, modo cum errore iudicis cõcurrat quoq; error partium *l.* 2. *conceſſione* §. 1. *verſ. proinde ff de iudiciis*, ibidem *Fulgoſ. Bald & Angel.* de qua re late *tom.* 1. *Symph. par.* 2. *tit.* 8. *voto* 1 *per tot.*

Idem

Idem † obtinere creditur, ſi iurisdictio iudicis, obiectione incompetentię in dubium vocata, particulari definitione, non decidatur, ſed ad vlteriora procedatur, ſententia nullius momenti ſit, ſed neceſſariò pronunciatio requiratur. 229

Quæ in queſtione, tamen communiter id procedere exiſtimatur, in illo iudice, cuius iurisdictio funditus nulla ſit, non autem ſi per exceptionem tantùm elidi poſſit, latè *Tom. 1. Symph. par. 2. tit. 8. voto, 2. nu. 162.* cum ſeq. *Tom. 4. par. 1. voto, 19. nu. 62.* cum aliquot ſeq. Aut ſi exceptio dilatoria ſit, & quæ impediat litis ingreſſum, eam iure reiectam intelligi, iudice procedente ad vlteriora, *Codex Fabrianus. lib. 8. tit. 23. defin. 29.* vbi ita in Senatu Sabaudiæ definitum refert, videatur *Menochius, lib. 2. præſumpt. præſumpt. 64.* vbi ad longum examinat, quatenus exceptio oppoſita præſumatur à iudice, reiecta, procedendo ad vlteriora, *Gilken. in l. 1. nu. 11. 12. & 13.* ſuprà allegatam diſtinctionem impugnandi, occaſionem quærit, *C. de ordine iudiciorum.*

Ex his ita diſpoſitis, † colligitur, quatenus iudex appellationis, neglectis nullitatibus, ſi de meritis cauſæ conſtet, ſuper ſententiæ iniquitate, ſententiam ferre debeat, qua ratione autem pronunciandum, ſi in prima inſtantia rectè, in ſecunda nulliter ſit proceſſum, an iudex tertiæ inſtantiæ, ſuper cauſa principali, cognoſcere poſſit? Et quidem de iure communi, vt dictum eſt, ſuper nullitate proximæ ſententiæ pronunciandum eſſet, tamen cum extra recitatos caſus nullitatis, in conſiſtorio Summi Principis, ſuper cauſa principali cognoſci poſſit, dubium non eſt, quin iurisdictio iudicis appellationis fundata ſit, formulam pronunciandi, in hoc caſu, vide *Tom. 2 Symphor. par. 2. vot. 2. in fine*, *Author præiud. Cam.* in verbo *ſententia*, verſ. *ibi tametſi, fol. 313. Rulantus, par. 3. lib. 8. de Proceſſ. iud. interr. cap. 16. n. 2.* vbi pręiudicijs confirmat, nullitatum commiſſarum, in prima inſtantia, rationem non haberi, ſi in ſecunda ritè proceſſum ſit. 230

Et hæc, quod cauſa appellationis † deuoluat cauſam nullitatis 231

tatis,eiuſque deciſionem, intelligenda ſunt,de interpoſita appellatione, à ſententia definitiua, à ſententia enim interlocutoria,grauamen duntaxat expreſſum deuoluitur, nec de nullitate cognoſcere poterit iudex, *Canoniſtæ, in cap. vt debitum,ext. hoc tit. Gail, lib. 1. obſ. 127. nu. 4. Mynſing. cent. 5. obſ 91. nu. 4.* vbi diſtinguit, an nullitas deducatur tanquam grauamen, pro iuſtificatione appellationis interpoſitæ,an non &c.

Ex ſupra dictis exoritur dubitatio, qui fieri poſſit, cum iudex appellationis neceſſe habeat, de nullitate commiſſa, in primo iudicio cognoſcere, nihilominus tamen, prolata ſententia,ea denuò principaliter in iudicium deduci poſſit,ferendum enim non videtur, vt de eadem nullitate bis quæratur, & tamen communis Interpretum ſententia eſt,vt refert *Mynſing. cent. 2. obſ. 77.* deſerta appellatione,non cenſeri deſertam nullitatem,etiam decurſo tempore, ad appellandum.

232 Pro conciliatione † propoſitæ difficultatis,res ita digerenda videtur,vt confirmata prima ſententia, poſthabita aliqua nullitate,in primo iudicio commiſſa, quæ in ſecunda inſtantia ratificari poſſit, de nullitate prioris ſententiæ,poſt confirmatoriam, amplius agi non poſſe,niſi aliqua nullitas,in ſecunda inſtantia, peracta, vel prima ſententia contineat expreſſum iuris errorem, hoc enim caſu, confirmatoria ſententia non tenet, nec confirmatur per appellationem, *Text.celebris,in l. ſi expreſſim,* 19. vbi *Bartholus, ff. hoc titul. iuncta l. 2. Cod. quando prouocare non eſt neceſſè*, quia error primæ ſententiæ cenſetur ineſſe ſententiæ confirmanti, *l. 1. §. 1. item ſi &c.* verſicul. *ſed etſi huius quæſt. &c. ff. Quæ ſententia ſine appellatione, Dd. ad l. vnicam, C de errore calculi. Mynſing. cent. 4. obſ. 63. nu. 3. cent. 5. obſ. 91. nu. 9. Gail lib. 1. obſ. 127. nu. 3.*

Sin autem proponatur, iudicem pronunciaſſe appellationem deſertam, tunc principaliter de nullitate agi poterit, *l. 19. ſi expreſſim, ff hoc tit. cap licet,* 14. *de ſentent excommunicat in 6.* etiamſi nullitas principaliter in iudicium vnà cum appellatione,deducta ſit, vt putat *Couarruuias pract. quæſt. cap.* 24. *in fine,*

cum

cum enim ex officio ſuper deſertione pronunciandum, obq́, defectum iuriſdictionis, de nullitate cognoſci non poſſit, inconueniens videtur, appellantem, à quæſtione nullitatis principaliter motæ, excludi, *Mynſing cent. 2. obſ. 77. cent. 4 obſ. 63. in fine.*

Nec obſtant ſuperius dicta, ſuper nullitate pronunciandum, etiamſi ſuper deſertione ſit concluſum, & antequam de appellationis deuolutione cognoſcatur, quare, ſi neglectis nullitatibus, feratur ſententia, ſuper deſertione, illarum rationum non habendam eſſe denuò videtur, quia procedunt in notoria nullitate, fieri enim poterit, deſertionem appellationis in aperto eſſe, ita, vt de cauſa nullitatis, aut iniquitatis, cognoſci non potuerit.

Et hæc ita interpretanda videntur, alias confirmata priore ſententia, nullitatibus commiſſis excuſſis, ijsq́; neglectis, abſurdum erit, iudicem ſe interponere debere, aut appellantem audiendum, cum iam in cauſa appellationis ab eo huiusmodi nullitatum nulla habita fuerit ratio, & tamen communi calculo interpretum receptum eſt, easdem conſiderandas eſſe, nullitatis quæſtione principaliter mota.

Et licet *Couarruuias, d. loc.* exiſtimet, ſi pronuncietur, malè appellatum, nihil obeſſe, quò minus principaliter nullitas in iudicium deduci poſſit, quamuis actum ſit, in examine appellationis, de nullitate incidenti, & acceſſoria ipſi appellationi, cum ea, quæ ſint incidenter & ſummatim examinata, poſſint iterum principaliter tractari, *l. penult. ff. de his qui ſunt ſui vel alieni iuris &c. l. ſi quis §. meminiſſe, ff. de liberis agnoſcendis.*

Verum, cum Iudex appellationis ante omnia, & quidem ex officio neceſſe habeat, de nullitatibus commiſſis, in primo iudicio cognoſcere, ſi ijsdem neglectis, pronunciet, benè iudicatum, denuo de his agi, aut iudicari non debere videtur, quia, vt dictum eſt, cauſam appellationis deuoluere nullitatem, eamq́; venire incidenter.

Idem iudicium eſt, † ſi cauſa nullitatis principaliter propo- 233

 natur,

natur, ea autem principaliter in iudicium deducta cenſetur, ſi petatur ſententiam nullam, eiuſque reſciſſionem, quatenus de facto proceſſit, abſque mentione appellationis, incidenter verò intentata dicitur, ſi per modum exceptionis proponatur, item ſi appellatum ſit ſimpliciter, intentato namq; remedio appellationis, nullitas etiam comprehenditur, aut ſi dicatur, ſententiam eſſe nullam, & ſi qua eſt, appello, *Mynſin cent 5 obſ. 91. nu. 9.* vbi ait, ita obſeruari, licet *Couarruias*, contrarium referat, *d. cap. 24.* & alij exiſtiment, nullitatem principaliter ita intentatam cenſeri, hæcque communior opinio exiſtimetur, & conditionaliter, diſiunctiuè & non copulatiuè, propoſitam nullitatem intelligi, vt ſi locum habeat nullitas, euacuatur appellatio, & è contra &c. latè *Otto Melander ad Meurerum, par. 4.*

Contrarium tamen receptum eſt, *Ordinat. Cam. Imp. par. 3. tit. 34.*

Effectus huius rei eſt, vt ſi dicatur malè appellatum, nullitas amplius opponi non poſſit, *Tilmannus, de Benignis, tit. pract. obſ. obſ. 1.*

434 Si itaque principaliter † nullitatis cauſa proponatur, tunc iudex, tàm ſuper nullitate, quàm iniquitate, ſeu cauſa principali pronunciabit, licet de nullitate ſententiæ tantum dictum ſit, communis enim eſt, & recepta Dd. concluſio, cauſam nullitatis etiam deuoluere, cauſam principalem, & occaſione, ſeu intuitu principalis negotij, cum nullitate principaliter mota, id deuoluatur, locum eſſe, *lege per hanc, Cod. de tempor. appellat.* & non deducta deduci, & non probata probari poſſe, *Grævæus, ad Gail, concluſ. 127. num. 3.* adeò, vt iudex confirmare etiam ex nouis probationibus, vel etiam reformare, ex noua cauſa poſſit, *l. 1. §. 1. verſic. ſed ſi huius, ff quæ ſentent. ſine appellat. l. abſentem, 6. Cod. de accuſationib. Gail, lib. primo. obſeruat. 127. num. 1.* (in hac tamen cauſa nullitatis principaliter deducta termini circumductionem locum habere, confirmat præiudicio, *VVurmſerus. titul 6. obſeru. 16.*) Hinc traditur, vt merita cauſæ principalis in iudicium deducantur,

ita vt Iudici appellationis vel nullitatis de negotio principali conſtare poſſit, vt quamuis ſententia prima ſit nulla, ex aliquo defectu, nihilominus tamen, quo ad merita cauſæ, ſententiam illam, iudicem appellationis vel nullitatis confirmare poſſe, licet cauſa nullitatis deuoluta ad ſuperiorem, de Iure Communi de vtraque pronunciari debeat, de nullitate ſententiæ nimirum eiusdemq, iniquitate, ſeu cauſa principali, defectus enim nullitatis ſeu vitium prius tolli debet, *Barth. Caſtrenſis, Sichardus. in l. ſi vt proponis, 14. nu. 19. C. quomodo & quando iudex &c. Zaſius, Duarenus, ad l. cum quærebatur, ff. de re iudicata, Codex Fabrianus, lib. 3. tit.* 11. *defin.* 1. ita vt ſuper nullitate duntaxat, † vel iniquitate tantum, aut etiam ſuper vtraque, vel partim ſuper vno, partim ſuper alio pronunciare, in tali puncto ſententiam iuſtam, in tali injuſtam, pro parte confirmare vel reformare poſſit, *Bartholus, in l. quædam, ff. familiæ erciſcundæ, Baldus, in l. eos, Cod. hoc titul. Tom.* 1. *Symphor. part.* 2 *tit.* 8 *nu.* 84. *cum ſeq.* 235

Ex his reſoluitur quæſtio mota *à Ioanne Ferrario, hoc tit. ca.* 4. *lib.* 3. & alijs, ſi ſententia partim ſit nulla, partim iniqua, deducto nullitatis iudicio, an tempus exercendæ appellationis, elabatur, cum enim iudex nullitatis, de iniquitate cauſæ ſeu negotio principali, neceſſe habeat cognoſcere, fruſtra de ijsdem, in cauſa appellationis inquirendum.

Deinde, cum iudicis appellationis officio contineatur cognoſcere de nullitate, ea poſthabita, ſi prior ſententia confirmetur, de illa amplius agi non poterit, vnde ceſſat illa inquiſtio, an pronunciando benè iudicatum, malè appellatum, videatur ſentētiam etiam quo ad nullitatem a[...]ò ſuffulcire, vt impugnari non queat, quià vt dixi, neceſſ[...]ò de nullitate ſententiæ pronunciandum, eademq, neglecta.

Denuo non inquirendum, niſi prior ſen[...]tia expreſſ[...]m iuris contineat errorem, hanc iudice ſuper[...]te confirmante, prior ſententia nulla manet, & de nullitat[...]ici poterit, *l.* 1 *§. ſed ſi huius ff. quæ ſententiæ ſine appellatione [...]c.*

nullitatis,ſed ob appellationem principaliter interpoſitam,ob quam ad ſuperiorem, cauſa principalis deuoluta eſt, nullitates autem incidentes, in quæ, mihi animus non eſt in præſenti, inquirere, eò tamen decurſum eſt, † vt iudex appellationis, & 242
ſic ſuperior, ſuper mota quæſtione nullitatis adeatur, & in facultate partis ſit, quem velit adire, *Gail. d loc. obſ.* 127. *nu.* 7. *Auth. præiud. Cam.* in verbo, *nullitas*, ibi, *nullitatis iudex &c.* vbi refertur, *Cam. Imp.* de ſententijs nullius momenti, tanquam ſuperiorem cognoſcere, idque conſultum eſt, (ęque enim ferunt Iudices, ſi quis ipſorum ſentētias nullitatis arguere velit) quod duplici via, aut ratione explicari poterit, appellando, & querelam nullitatis intentando.

Hoc autem differentiæ intereſt, † vt appellatio ſecundum 243
legem interponi debeat, querela autem nullitatis, vſque ad 30. annos, moueri poſſit, iuxta communem concluſionem, *Maranta, par* 6. *titulo*, Et demum fertur ſententia, *nu.* 154. *Gail. lib.* 1. *obſ.* 127. *nu.* 8.

Idem obtinet, ſi executionem ſententię obiectione nullitatis impedire quis velit, nam vltra 30. annos nō auditur, quamuis .n. Doctores relati *à Rulanto d par.* 3 *lib* 8 *cap.* 15 *nu* 2. exiſtiment, nullitatem perpetuo excipiendo proponi poſſe, videatur *Codex Fabr. lib.* 2. *tit.* 32. *defin.* 4. *& lib.* 7. *tit.* 13. *defin* 6.

Tamen contrarium † ſolidioribus fundamentis ſubnixum 244
videtur, vbi .n. exceptio principalem vim habet, ab actione, nec conſiſtit in puris exceptionis terminis, perpetua nō eſt, ſed perit perempta ipſamet actione, vt communi Interpretum iudicio deducitur *ex l. purè, § fin ff de except. doli*, vt qui poſſit agere, actione illa principali, à qua exceptio potiſſimum vires accipit, nec experitur intra tempus præfixum ad agendum, non poſſe vti poſtea exceptione, quę vim habeat ab actione iure ſibi conceſſa, *l. nam & poſtea*, §. *ſi minor ff. de iure iurando, verſ. præterea* vbi ait I.C. Pręterea exceptio ſtatutum tempus poſt annū 25. non debet egredi. ibidem *Caſtrenſis, Iaſon & communiter Interpretes, Couar. pract. quæſt. cap.* 15 *nu.* 4. circa medium.

Vnde

245 Vnde concluſio elicitur † exceptioni, quę in modum actionis proponi poteſt, ſeu quæ actioni coniuncta eſt, poſt ſtatutum tempus, actioni non eſſe locum, *l. 30. quæſitum, §. 6. in dolo. ff. de peculio*, etiamſi per implorationem officij iudicis proponi poſſit, *VVeſenbec. in paratit. ff. de dolo, nu.* 8. *in fine, & tit. de except nu.* 12. aliud ſingulare eſt, in his exceptionibus, vt ſi in iudicio huiusmodi exceptionum habita ratio non ſit, poſſint tamen iterum, per modum actionis, in iudicium deduci, niſi expreſsè à iudice examinatæ & reprobatæ fuerint. *l. 8. ſi autem, §. 2. ſi quocunq, ff. de negotiis geſtis, tom. 1. Symph. par. 3 vot. 15. nu.* 20.

Sed ad propoſitum, cum itaque hæc exceptio nullitatis etiam principaliter proponi poſſit, conſequens erit, ius obijciendæ aduerſus ſententiam nullitatis, ſpatio 30. annorum, perimi, *Codex Fab. lib. 7. tit. 27. defin. vlt* ſecundum communem & receptam opinionem, *Gail, lib. 1. obſ. 127. nu* 8 hinc fatalia prouocationum non imponunt finem nullitati, quia ſeparata cauſa ſit nullitatis, à iudicio appellationis, & diuerſa remedia, *arg. l. cum qui, 14. C. de inofficioſo teſtam.* exploſa enim eſt opinio exiſtimantium, decurſo tempore ad appellandum, etiam ſuper nullitatis quæſtione, cognitionem peremptam eſſe, per tradita deſerta appellatione, non cenſeri remotam cauſam nullitatis, *Gail, lib 1. obſ.* 135. *Mynſing. cent. 2. obſ.* 77. de qua re ſuprà copioſe dictum.

Ex his quæritur, cum deductio nullitatis 30. annis fieri poſſit, quomodo hoc tempus computandum, an à tempore latæ ſententiæ, vel pronunciatæ deſertæ appellationis, & cum mora non ceſſantibus officere non debeat, *l. contra*, 16. *Cod. de inoffic. teſta.* videtur pendente iudicio vno, non currere tempus in alio.

246 Porrò, vt querelans † ſuper nullitate audiatur, neceſſe habet in ſpecie cauſas nullitatis exprimere, *Ordinatio Cam. Imp. par. 3. tit. 34. §. fin.* Vnd ſollen ꝛc. cum enim præſumptio militet pro ſententia & proceſſu iudicis, etiam interpoſita appellatione, *cap.*

ne, *cap. 6 in præſentia, ext. de renunciatione, cap. 33. bonæ, ext de electione &c. cap. 13. in fin. cap. 16 ſicut in fine, ext de re iud.* latè *Menochius, lib. 2. præſumpt præſumpt 67 cum ſeq. nu* 45. ideoq; alleganti nullitatem fides accommodanda non eſt; & hac ratione deferentem querelam auditum non fuiſſe, præiudicijs confirmat *Author præiud. Cam.* in verbo *nullitas*, verſ *ſuper nullitate*, & verſ. *& ita proceſſus. Rulantus, par. 3. lib 8 de proceſſ. iudic. interrogat. cap. 15. num. 6.* etiamſi quis in libello ſupplici ad nullitates, eiusque cauſas nominatim & ſpeciatim exprimendas aut proponendas ſe offerat, *tom. 2. Symph par 3. tit. 19 ſupplicat.* 10.

In ſupplicatione igitur, in ſpecie nullitates deducendæ ſunt, & in ea cauſa eſſe debent, quæ in Conſiſtorio Summi Principis, quale eſt Cameræ Imp. conſiderandæ veniunt, ſi enim ita comparatæ ſint, vt earum ratio non habeatur, de quibus ſupra, non auditur querelans, & hac ratione huiusmodi nullitates in conſideratione non fuiſſe habitas, refert *Author præiud.* in verbo, *nullitas*, verſ. *nota etiam in ſupplicatione &c.*

Si enim incidenter in cauſa appellationis deductæ ſint, ijs neglectis ſtudio expediendarum litium, ſuper cauſa principali pronunciatur, ſin verò principaliter, eæ non attenduntur, de qua re *tom. 1. Symph. par. 2. tit. 4. fol. 25.*

Denique, vt hanc materiam concludam, ſciendum eſt, obtenta victoria, in cauſa nullitatis, attentata reuocari, emanata executorialia, & omnia ſecuta ex eis annullari, caſſari &c. *cap. 8 auditis*, ibidem *Canoniſtæ, ext de Procurator: Tom 1. Symphor. par. 2. tit. 8. vot. 2. num. 108. & 176 & 177.* vbi formula huius rei &c. pronunciandi refertur.

His ita ſubductis: Pertinebit SEXTO † ad officium Iudicis appellationis, vt materialia prouocationum, quæ merita cauſæ principalis concernunt, excutiat, ante omnia tamen conſiderandum, an mandata † Procuratoria ſufficientia ſint, cum Proceſſus nullius momenti ſit, ob defectum mandati, *l licet, 24. C. de Procurator: cap. in noſtra, 4. ext. eod.* Hinc *nouiſſ. Spirenſi* 247

 conuen-

conuentione Anno 1600. §. Als auch ꝛc. *cum ſeq. fol.* 763. *& Comitiis Imp. Anno* 70. §. Vnd als der gewalt ꝛc. *fol* 666. lancitum, vt in mandatis Procuratorum clauſulæ ſubſtantiales non omittantur, horumq; mandatorum, ſecundum ſtylum Cam. Imp. exemplum in lucē edatur. Requiſita autem ſunt primo, vt habeant nomen & cognomen, tam domini conſtituentis, quam conſtituti Procuratoris, nec nō aduerſarij contra quem, & Iudicis coram quo, & cauſam, de qua agitur, item clauſulam iuramenti de calumnia, ſubſtitutionis, reuocationis, ſubſtitutionis, cautionis de rato, ſimpliciter & non ſi quid à Procuratore legitimè geſtum ſit, ob euitādam cauillationem, clauſulam de indemnitate hypothecę omnium bonorum. Deinde actus, ad quos conſtituitur Procurator, contineat, ita tamen, ſi quædam omiſſa ſint, vt litis conteſtationis, auditionis ſententiæ &c. modo clauſula generalis adijciatur, *& generaliter ad omnia peragenda*, quæ merita cauſarum exigunt, & requirunt &c. nihil oberit. *Mynſing. centur.* 4. *obſeruat.* 99. *cent.* 5. *obſ.* 84. vbi ex Cicerone elegans exemplum conſtitutionis Procurator. refert.

In Camera verò Imperiali non ad vnum actum, ſed ad totam cauſam proponi debet, *Mynſing. cent.* 1. *obſer.* 46. deindè, vt articulus ſeu punctus executionis actiuè & paſſiuè inſerendus mandatis Procuratorum; receſſu deputationis *Anno* 1600. §. Dieweil aber ꝛc: *fol.* 763. *Denaiſius*, in verbo *Procuratorum mandata, per totum.*

248 Mandata † itaque ſi ſint ſufficientia, inueſtigandum, iuſtè an iniuſtè pronunciatum ſit, nec remittendum negotium ad Iudicem vnde appellatum, *l. eos*, 6. vbi ſtatuunt Imperatores. *Quapropter remittendi litigatores ad Prouincias remotam occaſionem atq; excluſam penitus intelligant, cum ſuper omni cauſa interpoſitam prouocationem, vel iniuſtam tantum pronūciare, vel iuſtam. C. de appell.* niſi ratio aliud ſuadeat, *l. cum poſt* 26. *C. eodem, cap.* 35. *accepta, ext. eod.*

Illud autem commodiore via aſſequi non poterit, quam vt actio-

actionis genus intentatum indaget aut requirat, qui enim actionis † genus non intelligunt, ius, in quo verſantur, ignorant, eosque in varios errores labi neceſſe eſt, actionis verò genere cognito, eiusque natura probè perſpecta, facili negotio erit, probationem, eliſionem, & alia, id genus &c. inuenire, & de iure cauſæ propoſitæ certò & conſtanter deuenire. 243
Hinc Iuris Conſulti in iure cauſarum definiendo, ad genus actionis in primis reſpexerunt, quæque competeret actio, inueſtigarunt, vti conſtat *ex leg. 1. §. quod ſi rem, 12. cum ſeq. ff. depoſiti, l. ſi Procuratorem, 8. ff. mandati, l. de qua re 74. §. cum abſentem, ff. de iudiciis*, vnde etiam ſæpiſſimè inter Iuris Conſultos de actione cõſtituenda dubitatur, quæ ſpeciei propoſitæ, apta, congrua, & conueniens eſſet, cuiusmodi diſputationum veſtigia paſſim inueniuntur, *vt in l. Iulianus, 9. §. 1. glans. ff. ad exhibendum, l. ſi gratuitam, 17. l. apud labeonem, 20. ff. de præſcriptis verbis, l. arbor, 19. §. ſecundo. ſi per eundem, l. 263. ſi conuenerit, ff. communi diuidundo.* Hinc etiam quoties incertum erat, quæ actio competeret, duas dictabant, edebant, ſeu inſtituebant interpoſita tamen proteſtatione, ſe ex altera tantum velle ſuum conſequi, vt colligitur *ex Vlpiano, in l. prima. §. qui autem, ff. quod legatorum &c.* idque ea ratione factum, quod in genere actionum errantibus periculum iacturæ litis immineret aut abſolutio ſequeretur, *l. 1. ff. ſi menſor falſum &c. l. diuortio, trigeſima quinta. ff. de negotiis geſtis*, quod *Quintilianus lib. tertio. capit. octauo.* declarat, vbi *inquit*, in omnibus ferè cauſis, in quibus quis cecidiſſe formula dicitur, hæ ſunt quæſtiones, an huic, an cum hoc, an hac lege, an apud hunc, an hoc tempore, licet agere &c. (plures authoritates in hanc rem rem adducit *Briſſonius, de formul. Roman. Imper. lib. 5. fol. mihi, 385. verſ. actionis genus &c.*) in his enim cognitio actionis verſatur, dependetque ius cauſæ, ex genere actionis inſtitutæ, proque eius varietate † nunc abſoluendus, nunc condemnandus eſt reus, eadem cauſa, alia atque alia actione, in iudicium deducta, nunc iuſta, nunc iniuſta cenſetur, 250

qua ratione enim iudex ſententiam ferre poterit, niſi conſtet, quo iure actor aliquid apud ſe proſequatur: Quibus accedat authoritas Ciceronis, pro Cluentio: Sapientis Iudicis eſſe animaduertere, qua lege, reus citetur, de quo reo cognoſcat, quæ res in quæſtione verſetur &c. Vnde *Gail, lib. 1. de Arreſtis, cap. 5. num.* 11. admonet, à Iudicibus ſolidè obſeruandum, & in votis concipiendis, aut dictandis ſententijs, ante omnia examinandum, an actiones intentatæ, cum ſuis neceſſarijs requiſitis probatæ, & legitimis exceptionibus rei eliſæ non ſint, quem modum referendi & iudicandi laudatiſſimum, & in Cam. Imp. longo vſu vtiliter firmatum eſſe.

Quorſum huius rei tam longa enarratio ſpectat, dicet aliquis? Vt refellatur opinio exiſtimantium, hanc inueſtigationem infructuoſam, quænam actio ex certo negotio detur, cum vſu forenſi actionis nomen exprimendum non ſit, ideoq; nulla opus eſſe actionis inquiſitione ſpeciali, ſed ſufficiat, facti feriem ſimpliciter ponere, *cap. dilecti*, ibidem *Canoniſtæ*, *extr. de iudiciis.*

251 Cauſam erroris † etiam præbuit, *tit. C. de formul. & impetrat. &c.* quod ibi caueatur, ſublatas eſſe ſolennitates antiquas, nam quamuis ſufficiat, facti ſeriem congruam exponere non tamen inde conſequens non conferre, imò neceſſariò nos eſſe, vim actionis, quæ ex facto oritur, dignoſcere, aut factum ita proponendum non eſſe, vt ex eo actio inferri, aut colligi non poſſit, pro vt pluribus confirmat *Rulant. de Commiſſ. par. 3. lib. 2. de genere actȷon. inueſtig. cap.* 1. Et contrariæ Opinionis aſſertores, erroris conuincit. Quò pertinet *Codex Fabr. lib. 2. tit. 37. definit.* 1. ſi nihil, *inquit*, referre debeat, qua actione quis experiatur, omnem iuris rationem ſublatam eſſe, totamq; perturbatam Iuriſprudentiam, dicendum eſſet, nam licet nec actionis impetratio, nec formulæ, præſcriptis verbis, concipiendæ ſolennitas vlla neceſſaria ſit, requiri tamen eam actionem, quæ apta negotio ſit, quare inepta propoſita, repellendus eſt actor, ſaluo iure aptius agendi &c.

Occur-

Digitized by Google

Occurret aliquis, vnde ergo actionis genus indagandum?

Omiſſa longiore inquiſitione, † ne terminos huius mate- 252
riæ excedam, & ad propoſitum reuertar, ex concluſione, quæ actio inſtituta ſit, inueſtigandum: *Panorm. in cap. ex parte, de foro compet. Dd. in §. omnium, inſtitut. de action. Gail, lib. 1. obſ. 61. nu. 9. & 13. cum ſeq.* quò fit, vt non quid narretur; ſed quid concludatur, conſiderandum ſit, & ex concluſione libellus æſtimetur, etiamſi ineptè factum ſit expoſitũ, ſic ex diuerſo, ſi ex facti ſerie quantumuis bene narrata iniqua colligatur concluſio, totus libellus corruat, quia ex concluſione, an libellus aptus, vel ineptus ſit, iudicium ferri ſoleat.

Ratio euidens eſt, quod petitioni, quæ in concluſione fit, ſententia conformis eſſe debeat, *l. fin. C. de fideicommiſſ. libert. tom. 4. Symph. par. 1. voto. 30. nu. 11. cum ſeq. & nu. 268. cum ſeq*, vbi multis probatur, ei actioni, inſpecta concluſione, & libelli petitione, ſimpliciter adhærendum, indeq; metiendum, quæ actio inſtituta ſit, † & concluſionem libelli reſtringere nar- 253
rata, ad ea, quæ in libello petuntur, quia modus agendi ſtet ſubſtantialiter in concluſione, & ex ea apparere, qualiter præcedentia intelligantur, iuxta *Baldum, & Dd. ad l. edita, C. de edendo, & Canoniſt. in cap. ex parte, ext. de reſcriptis*, ex eaque cognoſcendum, an poſſeſſorium, vel petitorium, an vero vtrumque in iudicium deductum ſit, *cap. literæ, 3. ext de dilation.* quare etſi in libello & articulis narrentur ea, quæ tam ad poſſeſſorium, quam petitorium, referri poſſint, ſi concluſio alterutrum horum complectatur, ea actio intentata cenſeatur; quam concluſio denotat: narrata enim non extenduntur vltra vires petitionis, *Canoniſtæ, in cap. ex parte, ext. de foro compet.* etiamſi clauſula ſalutaris ſit adiecta, cuius virtute alias vtrumque iudicium intentatum intelligitur, quia per eam clauſulam id remedium inductum videtur, quod actori fauorabilius eſt, ideoque cum in ipſius fauorem annectatur, non exiſtimandum id intentatum, quod maioris eſt præiudicij aut difficilioris probationis,

Iaſon, in §. omnium, inſtitut. de action. tomo 4 Symph. par. 1. voto 30. nu. 3 cum ſeq. Rulantus, de Commiſſar. par. 3. lib. 2. de gener. actio: inueſtig. cap. 3. nu. 32. & cap. 4. num. 29. & par. 3. lib. 3. de remed. iur. incorporal. cap. 8. num. 20. vbi refertur, poſſeſſorium intentatum cenſeri, licet mentio facta ſit proprietatis, quia tantum ad colorandum poſſeſſorium factum cenſeatur, & latè *lib. 4. de remed. general. cap. 4. nu. 6. Menoch. remed. recuperandæ, poſſeſſ. in præludiis, nu.* 10. *cum ſeq.* vbi docet, quatenus cenſeatur intentatum poſſeſſorium, vel petitorium.

254 Illud etiam hic animaduertendum, † an concluſioni clauſula ſalutaris &c. annexa ſit, eius enim vi ſæpe petitorium ad poſſeſſorium trahitur, & vtrumque in iudicium deductum cenſetur, maximè, ſi conſtet de intentione actoris, alias non, *Codex Fabr. lib. 2. tit. 37. definit. 3. tom. 1 Symph. par. 2 tit. 6. voto 6. nu. 2 Rulantus, d. par. 3 lib. 2. de gener. act. inueſtig. &c. cap. 3 nu. 32.* vbi *& poſt nu.* 19. refert, vi dictæ clauſulæ illud remedium eligendum, quod ſit minoris præiudicij & facilioris probationis, *& eodem lib.* 2. *cap.* 4. vnde poſſeſſorio, & petitorio intentato, illud eligendum, hocque in quadam cauſa obſeruatum, etſi concluſio libelli ad plura remedia poſſeſſoria adaptari poſſit, v. g. ad interdictum vnde vi, ad remedium *cap. redintegrandæ &c.* illa actio inſtituta exiſtimetur, quæ actori vtilior ſit, conſtat autem, plenius & vtilius eſſe, remedium *d. cap. redintegrandæ &c. interdicto vnde vi.*

Idem virtute huius clauſulæ, petens ſuper omnibus, & ſingulis, ſibi dici ius, & iuſtitiam adminiſtrari &c. item omni meliori modo &c. (quam ſalutarem vocant,) omne ius, omnis actio, omneque remedium, ex narratis profluens, maximè, ſi ius agentis cognoſci poſſit, etiamſi ineptè ſint propoſita, aut ipſum genus exprimatur, in ſpecie intentari videtur, adeò vt agẽdi ius vel implicitè ex narratis poſſe colligi, ac in probationibus explicitè deinde declarari ſufficiat, imò quamuis in concluſione vis verſetur, & ex ea, actio regulariter metienda, tamen adiecta ſuperiori clauſula, etiam narrata attenduntur, per tradi-

tradita *in tom. 1. Symph. tit. 7. de litigioſ. poſſeſſ. voto 6. nu. 17.* & potius ius partis præ oculis haberi quam rigoroſè petitio libelli attendi debet, latè *tom. 4. Symph. par. 1. voto. 25. num. 123. cum ſeq. voto, 31. nu. 11. tom. 1. par. 3 voto, 6. nu. 73,*

Non tamen eò vsq; †(ne quis hac clauſula ſeducatur) porrigenda, vt aliam actionem producat, quam quę ex narratis colligi poſſit, aut ſi quis agat ex cauſa, quam non ꝓbat, Iudex ex alia, ex qua percipiat, ius actori competere, iudicare debeat, vt obſeruatum fuiſſe refert *Rulantus, d. par. 3. d. cap. 3. nu. 33.* 255

Quamuis virtute dictæ clauſulæ, etiam ſuper expreſsè non petitis, pronunciatum, in quadam cauſa, ait *Gail, lib. 1. obſer. 61. nu. 12.*

Denique à Iudice conſiderandum, vt quacunq; ratione poterit interpretari libellus, & quidem in commodum libellantis, vt ſuſtineatur, vt procedat, elaboret, etiamſi verba congruā expoſitionem non admittant, *Gail, d. obſ. 61. nu 16. Mynſiger. cent. 4. obſ. 5.* vbi Cameram Imp. ita obſeruare teſtatur, *tom. 4. Symph. part. 1. voto, 25. nu. 62.*

Et hæc de inueſtigatione actionis, eiuſdemq; interpretatione ſuffecerint, plura requirens, conſulat *Oldendorpium, de forma inueſtigandæ actionis, Rulant. d. par. 3. lib. 2. de genere actio: inueſtig. cap 1. cum quatuor ſeq.*

Ad officium Iudicis appellationis, vnde digreſſi ſumus, reuertamur, cui incumbit, vti dictum, vt cognita actione, eiuſdemque eliſione animaduertat, an rectè iudicatum &c.

Iuſtè autem iudicanti †tria obſeruanda, exquiſita, cauſæ diſcuſſio, facilis credulitatis excluſio, deliberatę ſententię ꝓlatio. 256

De primo, *Iob. 29.* Cauſam quam neſciebam, diligentiſſimè inueſtigabam.

De ſecundo, exemplum *Geneſ. 39. de Putiphare* Principe militum, *Pharaonis* qui nimis credulus, verbis conjugis, innocentem *Ioſeph* carceri mancipauit &c. facilitas enim credulitatis peruerſum facit dare iudicium.

De

Digitized by Google

De tertio. *Seneca*, ad pœnitendum properat, qui citò iudicat, in iudicando criminoſa eſt celeritas, cum ſit iuſtitiæ nouerca, præcipitatio, de qua eleganter, *in cap.* 20. *Deus, ſecunda. q.* 1.

257 Sed ad rem, † olim itaque qui ex appellatione cognoſcebant, vel iuſtam, vel iniuſtam appellationem ſibi videri, pronunciabant. *l. intra vtile*, 39. *ff. de minoribus, l. chyrographis*, 57. §. 1. *ab eo, l. Tutor*, 20. *ff. de Admin. Tutor. l.* 97. *Oßidius, de legatis*, 3. *l. in ratione*, 11. §. 3. *cum quidam, ff ad l. Falcidiam, l. qui Romæ*, 122. §. *ſeia*, 5. *ff. de verb. obligat. l. fin. ff. de re iud. l. negotiorum*, 24. *ff hoc tit. l. ſi procuratorio*, 2. *ff. quando appellandum, l. eos*, §. 1. *Cod. hoc tit. cum ſimilibus, Paulus*, 5. *ſentent. cap. vlt. Cuiacius, lib.* 4. *obſ. cap.* 10. vbi refert, nouorum Imperatorum temporibus, in vſu fuiſſe hanc formulam; *A re benè iudicata temerè appellaſti, furoris audacia.*

Et quidem Imperatores ex appellatione cognouiſſe conſtat, harumq; ſententiarum Imperialium ex appellatione dictarum, exempla extant, *in l. maritus*, 20. *ff. de quæſtion. l. Aemilius*, 38. *ff. de minoribus, d. l. Oßidius, de legatis*, 3.

Similiter & ſententiarum Imperialium in cognitionibus prolatarum reperiuntur *in l. libertatis*, §. *vlt. ff. de vſuris, l. fin. ff. de hæred. inſtituend. l. moſchis, ff. de iure fiſci cum ſimilibus*, pro vt infinita ex legibus & hiſtoricis refert *Briſſonius, de formul. Rom. Imper. lib.* 5. *fol. mihi*, 417. *cum ſeq.* pervulgatum enim eſt Imperatores ſententijs, appellationibus, decretis &c. interfuiſſe.

Formula itaque appellationis erat, iuſtè vel iniuſtè appellatum, & quidem, vt ſtatuunt Imperatores, *in l. eos*, §. 1. *C. hoc tit.* Super omni cauſa, interpoſitam prouocationem vel iniuſtam tantum liceat pronunciare, vel iuſtam.

258 Vnde elicitur, † appellationem deuoluere tantum quod in primum iudicium deductum eſt, nec naturam litis mutare, *cap. diſpendioſa, de iudiciis*, & eandem cauſam alia actione, quam coram iudice inferiore intentata, quem perſequi non poſſe,

cum

cum neceſſariò primæ actioni inhærendum, *Ordin. Cam. Imp. par. 3. tit. 33. §.* Vnd ſoli 2c. *Maranta, par. 6. hoc tit. nu. 163 cum ſeq. Rulantus, de Commiſſariis, par. 3 lib. 1. de articulis &c. cap 7. nu. 10. & d. part. 3. lib. 2 de genere actionis, cap. 2. nu. 25. & lib. 9. de remed. conſeru: cap. 16. num 5.* vbi hæc præiudicijs confirmat.

Ex his corroboratur reſolutio quæſtionis ſuprà agitatę, vbi de effectu appellationis actum, ſi quis errore lapſus, vindicationem rei inſtituerit, & ſuccubuerit, an in cauſa appellationis, interdicto aliquo experiri poſſit?

Verius eſt, non poſſe, cum appellatio litis qualitatem non immutet, & cenſeatur eſſe nouum capitulum, de quo Iudex appellationis ſuam cognitionem interponere nō poſſit, cum non cognoſcat, niſi de quo prior Iudex ideoq; ſuper poſſeſſorio non deducto in iudicium, non pronunciandum, *Rulantus, d. par. 3 lib. 2. de gen. act inueſtig. nu. 26. in fine.*

Ex his quidam exiſtimant, adiecta clauſula ſalutari in fine libelli vtrumq; iudicium intentatum cenſeri, licet concluſio in ſolo poſſeſſorio ſit facta, de qua re ſuprà dictū eſt, quibus iunge *tradita in Tom. 1. Symph. part. 1. titul. 7. de litigio: poſſeſſ. vot. 6. num 16.*

Quamuis autem iudex apellationis, ſuper deductis in iudicium, primum cognoſcere debeat, an recte iudicatum &c. Negandum tamen non eſt, ſi deprehendat ſententiam reformandam, hoc ipſius poteſtate non contineri, † *Text. elegans, in l 41. quædam, ff. familiæ erciſcund. l. fin. ff. de iur. patronat.* vbi I. C. ait, ſtandum quidem eſſe alimentorum diuiſioni, nullam autem eſſe libertorum diuiſionem &c. *cap. cum Ioannes,* 10. *ext. de fide inſtrum. cap. 14. in fine, ext. de priuil: cap. Rainutius, ext de Teſtam.* vbi *Couar. §. 11. poſt nu. 1.* deducit, iudicem appellationis poſſe condemnare non condemnatum, ſi natura litis & cauſæ hoc ipſum expoſcat. Non enim ſolum verſatur officium iudicis appellationis, in pronunciando, benè vel malè appellatum, ſed etiam ſententiam confirmando, *c. 14. cauſam, ext. de re iudicat.* 259

260 Etiam priorem ſententiam † ex noua cauſa, licet prius latam ex falſa cauſa, per *Text.* quem ad hoc ſingularem deprædicant, *in l. fin. Titianus, ff. quod cum eo &c.* condemnando reum etiam de nouo, vel abſoluendo, *l. cum apud. penult. ff. iudicatum ſolui*, (huius legis ratio eſt *in l. 3. ſi quis, ff. eodem*) reformando, minuendo addendo, primæ ſententiæ, quæ à iudice omiſſa fuerunt, *dict. cap.* 10. *cum Ioannes &c.* etiam nemine petente, *d. cap. Rainutius,* vbi iudex appellationis propria ſententia iuſſit; legitimam portionem Adiecta &c. debitam licet non petitam deduci, vt notant *Panormitanus*, ibidem *Couarruuias, d. loc. Ordinatio Anno* 1507. *conſtituta,* §. Item ſo der appellans &c. *fol. mihi*, 79. *tom.* 2. *Symph. par.* 1. *voto vlt. & tom.* 2. *par.* 2. *vot.* 22. *in fine,* vbi ſententiæ reformatoriæ referuntur, & paſſim alibi.

261 Nec his obſtat † *l. in hoc iudicio, ff. familiæ erciſcundæ*, vbi ait Iuris Conſultus Paulus, non poſſe ex vno iudicio rem iudicatam, in partem valere, & non valere, plena enim ſententia Iudicis eſſe debet, & legibus prohibetur, ſemiplenam proferre ſententiam. Senſus enim *d. l.* 27. eſt, res iudicatas, ſeu condemnationes & abſolutiones, ex his enim eæ conſtant, pro parte valere, & pro parte non valere poſſe, id eſt, iudicem prohiberi de re in iudicium deducta, partim iudicare, & partim non, ſed tota lis eſt cauſa in iudicium deducta, ſententia Iudicis dirimi oportet, quod exemplis illuſtrat *Cuiacius, lib.* 23. *obſ. cap.* 1. de parte autem ſententiæ reformatæ etiam iudicare cenſetur, ideoque tales in partem reformatoriæ ſententiæ iure ſubſiſtent, *dict. l. quadam, ff. familiæ erciſcundæ, l. fin. ff. de iur. patronat.*

262 Similiter negandum non eſt, † iudicem appellationis non poſſe cognoſcere, ſuper connexis cauſæ principali, quamuis non deductis in primo iudicio, maxime ſi connexa à partibus, ſiue appellante, aut appellato, in litem appellationis deducta ſint, quod fieri poſſe conſtat *ex l. Oſidius* 97. *ff. de legatis. gloſ.* 3. *in* §. *ſin vero neuter,* in verbo *occurrit, authent. de his, qui ingre-*

ingrediunt: appell: Dd. in l. fin. C. hoc tit. Gail, lib. 1. *obſ.* 122. *poſt nu.* 3. vt puta, ſi quis contendat ius ſalui conductus ſibi competere intra hunc terminum, & ſuccumbens in iudicio appellationis, proponat, non ſolum intra hunc, ſed alium latiorem terminum, ſaluum conductum ſuum eſſe &c. appellans, eo colore, quod iudex appellationis ſuper non deductis, in cauſa principali, ſe interponere non debeat, excludendus non videtur, cum hæc ſint connexa cauſæ principali.

Denique, cuncta rimari debet, quæ pertinent ad confirmationem aut reformationem ſententiæ, hinc ſi inſtrumentum aliquod productum ſit in prima inſtantia, nihilominus originale, aut tranſſumptio de nouo peti poterit, licet enim acta probatoria, vnius iudicij in alio probent, tamen non inſpectis inſtrumentis difficulter iuſtitia aut iniquitas prioris ſententiæ cognoſci poterit, *Rulantus, de Commiſſar. lib.* 5. *de Commiſſio: circa literas, cap.* 18. *num.* 9. vbi in hanc rem præiudicium adfert.

Quò pertinent tradita ab Interpretibus, † quod petitione partium omiſſum ſit, non omitti religione Iudicis appellationis, ad cuius officium pertineat, ex officio in ſua ſententia ſupplere, quod expreſſè in libello petitum non ſit, ſi ex facti narratione, & iuris diſpoſitione, colligi & inferri poſſit, *argumen. cap. Rainutius,* verſic. *legitima,* vbi *Innocentius &c. ext. de teſtam,* cuius *capit.* authoritate receptum eſt, Iudicem appellationis, non ſolum debere, pronunciare benè vel malè appellatum, ſed illis omiſſis, condemnare, vel abſoluere, aut ſi pronunciatum ſit malè iudicatum etiam de nouo condemnare reum actori, vel etiam non condemnatum condemnare, ſi natura litis & cauſæ hoc conciliet, *Canoniſtæ, in cap. cum Ioannes &c. ext. de fide inſtrum. tom.* 4. *Symph. par.* 1. *voto,* 25. *numer.* 81. vbi refertur, non raro in Conſiſtorio Summi Principis, & Imperij idipſum obſeruatum eſſe, vndè Iudex appellationis pronunciare poterit de acceſſionibus, de quibus nihil dictum fuerit, priori iudicio, ſi ex natura propoſitæ actionis veniant in 263

nius in Tract: de execut. §. 1. *cap* 78. *num.* 11. *&* § 7. *cum* 204. *num.* 2. *&* 6.

Porrò, † officium iudicis non intrà hos terminos ſolum conſiſtit, ſed eidem incumbit, vt ſi ratio exigat, partem ad reſtitutionem fructuum, vſurarum, aut intereſſe, expenſarum &c. condemnet, de ſingulis inſpiciendum. 266

Ad fructus, quod attinet, repetenda eſt diſtinctio actionum, vt alia ſit actio bonæ fidei, alia ſtricti iuris, §. *omnium*, vbi Interpretes, *Inſtitut: de actionibus*; quamuis à I. C. hæc vocetur actio, ſeu ſtrictum iudicium, *l.* 5. *in actionibus:* §. *planè, vlt ff. de in litem iurando &c. l.* 3. *ſed mihi*, 82. *in hac ff. commodati*.

Si itaque actio ſit bonæ fidei, † fructus in reſtitutionem veniunt; à tempore moræ, *l.* 38. *videamus*, §. *in cæteris, ff. de vſuris. Rulantus, par.* 3. *lib.* 6. *de firmand. reſ. acq. interrog. cap.* 7. *nu.* 18, vbi hoc in quadam cauſa obſeruatum refert. 267

Idem iudicium eſt, de ijs, quæ bonæ fidei iudicijs ſimilia ſunt, vt legata, fideicommiſſa, *l.* 8. *equis, l.* 39. *equis, l.* 34. *vſuræ, ff. de vſuris, l.* 26. *is qui &c. ff. de legatis* 3. *l.* 84. *ſi quis, l. Titia*, 87. §. 1. *ff. de lega: ſecundo, l. ſi cui*, 92. *ff. de conditio: & demonſt.*

Nec obſtare putamus *l* 91 *quæſitum*, §. *vlt. ff. de legatis*, 1. *& l.* 1 *& vlt C de vſuris & fructibus legatorum &c.* congruam enim interpretationem recipient ex *l.* 3. *in fideicommiſſi, ff. de vſuris, iuncta l.* 2. *C. de vſuris, & fructibus legator: &c.*

In ſtrictis autem & anguſtis iudicijs, à tempore accepti iudicij, ſeu litis conteſtatæ, *iuxta l.* 2. *l.* 38. *videamus*, §. 7. *ſi actionem, ff. de vſuris &c:* vbi I. C. ait, etſi mora facta ſit, fructus non venire, poſt iudicium autem acceptum venire vt cauſam, id eſt omne quod habiturus eſt & petitor, ſi res eo tempore, reſtituta eſſet, quo petita eſt, *l. præterea*, 20. *ff de rei vindic. l. cum fundus* 31. *ff. ſi certum petatur, l. vulgo* 2 *ff de vſuris &c.* ſiue ſint fructus naturales, ſiue ciuiles, vti ſunt penſiones prædiorum, nam & hæ tanquam acceſſiones veniunt à tem-

 pore:

pore accepti iudicij, ſeu litis conteſtationis, in ſtrictis iudicijs.

268 In hac autem materia fructuum † diligenter conſiderandum, fructus non intelligi, niſi deductis ſumptibus, qui quærendorum, cogendorum, & conſeruandorum fructuum cauſa fiunt, *l. fructus, 7. ff ſoluto matrimonio, l. quod in fructibus. 46 ff. de vſuris &c. l. 1. Cod. de fructibus & litium expenſis*, quod in omni fructuum exactione obtinet, etiamſi à malæ fidei poſſeſſore exigantur, *l. 36. ſi à domino, §. final. fructus, ff. de petit. hæredit. l. ait Prætor, 10. §. 20. & fructus, ff. quæ in fraudem creditorum &c.*

Ratio horum eſt, quia fructus ſine impenſis haberi non poſſunt, etiamſi dominus fundum poſſediſſet. Hinc eleganter Iuris Conſultus *Iulianus, in l. 51. fundus, ff. famil. erciſc.* Nullum caſum interuenire poſſe, qui hoc genus deductionis impediat &c. (quod tamen ita intelligendum, niſi aliud conuenerit, vti videre eſt in Partiario Colono, aut lege nominatim expreſſum ſit, rationem expenſarum non habendam, in ſolutione fructuum, vt *in cap. Tua nobis, 26. cap. Paſtoralis, 28. ext. de decimis*) *Rulantus, part. tertia. lib. ſexto. de firmand. reſ. acqu. interrog. cap. 7. nu. 36.* vbi hoc in quadam cauſa conſideratum refert.

269 Secundo animaduertendum, † vt non ſolum percepti, ſed etiam qui percipi potuerunt, in reſtitutionem veniant, *l. ſi nauis. 62. §. fin. ff. de rei vindic. vbi I. C. Papinianus*, generaliter, *definit*, cum de fructibus æſtimandis quæritur, animaduerti debere, non an malæ fidei poſſeſſor fruiturus ſit, ſed an petitor frui potuerit, ſi ei poſſidere licuiſſet &c. quam definitionem generalem, tam in vniuerſali, quam particulari iudicio, obtinere à quibuſdam ſtatuitur, non enim quæritur in vtroq; iudicio, quid poſſeſſor habere potuerit, ſed quid petitor, cui hac fructuum reſtitutione, leges conſultum volunt.

Idem traditur *in l. 12. ſed & partus, ff. quod metus cauſa, l. cum ſeruus &c. 39. §. 1. fructus, ff. de legatis, 1. l. ſi ea res, 31. §. 1. non ſolum,*

lum, ff. de action. empt. l. 4. ſi de poſſeſſ. C. vnde vi, cap. 11. grauis, ext. de reſtit. ſpoliator.

In contrarium autem vrgere videntur, *l. ait Prætor*, 10. §. *fructus, ff. quæ in fraudem credito: l. domum*, 5. *l. ſi fundum*, 17. *C. de rei vindicat. l. 1. C. de petit. hæred. l. 2. C. de fructibus & litium expenſis, l. 25. ſed etſi lege, §. 4. ſed ad fructus &c. ff. de petit. hæred.* quibus cauetur, illos fructus reſtituendos eſſe, quos poſſeſſor referre potuiſſet, *Gilken. in l. certum*, 22. *cap. 9. nu. 3. cum ſeq. C. de rei vindic.* recitatis aliquot conciliationibus, ijsque reiectis; Tandem conſtituit, nihil intereſſe, vtrum verba concepta ſint, in perſonam petitoris, aut poſſeſſoris, cum in vnum & idem recidant, vtrobiq; enim, non ratio peculiaris compendij, quod ratione perſonæ quis ſentire poſſet, ſed communis æſtimationis, habenda ratio ſit, ita vt ille audiēdus non ſit, qui vltra communem & diligentis Patris familias conſuetudinem, quid deſideret, quare ſi res ita comparata ſit, vt ab vtroq; vt diligēti Patrifamilias, fructus percipi potuiſſent, vlteriore inueſtigatione opus non erit, quam ea, qua quæritur, quos fructus poſſeſſor, vt diligens Pater familias, percipere potuiſſet.

Quæ opinio æquiſſima videtur; † cui ſubſcribere videtur *Balduinus, ad §. ei verò, nu. 5. inſtit. de rer. diuiſion. Sichardus ad l. domum*, 5. *C. de rei vindicat. poſt nu. 4.* 270

In huius opinionis confirmationem, conſiderari poterit ratio *legis*, 31. *cæterum. ff. de rei vind. l. ſi ſeruum*, 33. *ff. ad L. Aquiliam, l. 63. pretia rerum, ff. ad legem Falcidiam; l. 1. §. 15. & alias videmus, ff. ſi quid in fraudem Patroni factum ſit:* Quibus probatur communem æſtimationem conſiderandam eſſe, vndè & fructuum, qui percipi potuerunt, æſtimatio facienda, ex communi diligentia Patris familias.

Tertio, in hac fructuum exactione ſecernendá eſt cauſa bonæ fidei poſſeſſoris, † à malæ fidei poſſeſſore, *l. bonæ fidei*, 48. *ff. de acqu. rer. domin. l. 4. ſed & loci, §. 2. poſt litem autem. ff finium regundorum, l. quarta. ſequitur, §. lana*, 19. *ff. de vſucapion. l. fructus*, 45. *ff. de vſuris, l. certum*, 22. *Cod. de rei vindic. §. ſi quis* 271

à non

à non domino, inſtit. de rer. diuiſ. Ibidem paſſim communiter Dd. de qua re, breuitatis cauſa, reijcio lectorem ad *Gilken. ad d. l. certum,* vbi hanc materiam, & præcipue *caput 7.* exactiſſimè perſequitur, *& Menochium, remed. recup. poſſ. 15. num. 573.* cum ſeq.

In hac tamen materia impedita, & intricata, illud conſtat, malæ fidei poſſeſſorem, ad omnium fructuum reſtitutionem teneri, etiam conſumptorum, *l. 40 illud, §. 1. Prædo, iuncta l. ſi poſſeſſor, 52. l. 56 cum hæreditas, ff. de petit. hæredit. l. 22. ſi pignore, §. ſi prædo &c. 2. ff. de pignor. actio. l 22 certum, C. de R. V. l. malæ, C de condict. ex lege, §. etſi in rem actum ſit, 3.* verſ. *illorum autem fructuum, Inſtit. de officio iudicis.*

Idem iudicium eſt in bonæ fidei poſſeſſore, lite conteſtata, vt vniuerſos reſtituere teneatur, *d l. 22. certum, d §. etſi in rem, 3.* verſic. *poſt inchoatam autem petitionem, inſtit. de officio iudicis, l. ſed etſi, lege, §. 7. ſi ante, iuncta l. 31. ſi quid poſſeſſor, §. 3. ſicut autem, ff. de petit. hæred. l. 91. quæſitum, §. vlt. cum homo. de legat. 1. l. fiſcus, 38. ff. de iure fiſci.*

272 Ratio eſt, † quia interpoſita conteſtatione, & cauſa, in iudicium deducta, malæ fidei poſſeſſor fit, *d. §. ſi ante, l. 2. ſi poſt: C. de petit. hæred. l. 2. C. de fructib. & litium expenſis, l. nemo, 10. C. de acqu. poſſeſſ. &c.*

Et hanc doctrinam confirmat præiudicijs *Rulantus, par. 3. lib. 6. de firmand reſ. acq. interr. cap. 7. num. 9.* vbi refert, à tempore litis conteſtationis fructus adiudicatos fuiſſe. Videatur & *Codex Fabr. lib 7. tit. 18. defin. 25. 64. 73. & 77.*

273 Quod autem dictum eſt, † litis conteſtatione, quem in mala fide conſtitui, hoc iuris interpretatione potius, quam ex rei veritate iudicatur, nec enim in omnibus cenſentur eſſe malæ fidei poſſeſſores, qui initio illæſam conſcientiam habuerunt, nam ſi res pereat, bonæ fidei poſſeſſores, etiam accepto iudicio, liberantur, nec enim debet poſſeſſor aut mortalitatem præſtare, aut propter metum huius periculi temerè indefenſum ius ſuum relinquere, aut factum præſtare, *l. vtiq, 16. in*

16. *in princ. ff. de R. V. l.* 40. *illud, ff. de petit. hæred.* quam legem, illam celebrem & variè à Doctoribus agitatam quæſtionem, quatenus poſſeſſor ab interitu rei liberetur, *Pauli I. C.* tanquam arbitri huius controuerſiæ, dirimere ſtatuo.

Non itaque in omnibus malæ fidei poſſeſſor quis conſtituitur accepto iudicio, *l.* 24. *ſi quis ſolutioni, ff. de vſuris,* quo ad fructuū reſtitutionem autem, poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores ſunt pares, *d. §. ſi ante, l. 25. ff. de petit. hæredit. d. §. 3.* verſ. *poſt.*

Nec admittenda videtur † poſtulatio poſſeſſoris allegantis, fundum incultum, ſterilem, infructuoſum fuiſſe, nunc autem excultum, fructusque potius ex induſtria, & cultura, quam ex re ipſa percepiſſe, & pretia non ex præterita, ſed ex præſenti æſtimatione conſtitui, ſicuti enim diligenti cultura pretia prædiorum ampliantur, ita ſi negligentius habita ſint, minui ea, neceſſe eſt, vt ait I. C. *in l. 3. non intelligitur, §. 5. diui fratres, ff. de iure fiſci.* Quare iniquum, & alienum ab humanitate videtur, ad fructuum reſtitutionem, etiam poſt litem conteſtatam, adſtringi poſſeſſorem, maximè bonæ fidei, tempore emptæ rei: Verum, cum nihil commune habeat qualitas fundi, cum mala, aut bona fide poſſeſſoris, fundusque reſtituendus ſit, qualis fuerit litis conteſtatæ tempore, *l. 2. vulgo, ff. de vſuris &c. cum ſimilib. refert Codex Fabrianus, lib. 7. titul.* 18. *definit.* 19. poſſeſſorem obligari ad reſtitutionem fructuum, cum temperamento tamen ibidem adducto, *ex l. 48. ſumptus, ff. de R. V.* 274

Et hæc de fructibus perceptis, poſt litis conteſtationem.

Maioris difficultatis eſt, † quid ſentiendum, de fructibus perceptis, antè litis conteſtationem: Negat enim *l. fructus, 45. ff. de vſuris &c.* naturales fructus lucro bonæ fidei poſſeſſ. cedere. Affirmare videtur, *l. bonæ, 48. ff. de acquir. rer. domin.* Conciliatio harum legum in difficili eſt, quarum varias expoſitiones, vide apud *Gilken. ad d. l. 22. certum, cap. 7. per totum, C. de R. V.* Interpretes, *ad §. ſi quis à non domino, Inſtitut. de rerum diuiſione.* 275

Hoc expeditum videtur, bonæ fidei poſſeſſorem ante litem conteſtatam, ſeu acceptum iudicium, conſumptos fructus lucrari authorit. *l. 4 ſed & loci, §. 2. poſt, ff. finium regundorum, ponderatis ſubſequentibus verbis.* Sed ante iudicium percepti non omnimodo hoc in iudicium venient, aut enim bona fide percepit, & lucrari eum oportet, ſi eos percepit &c. *&* §. 3. *etſi in rem*, verſic. *ſi verò bonæ fidei poſſeſſor fuerit: non habetur ratio, neque conſumptorum, neque non perceptorum &c.* Inſtit. *de officio Iudicis.*

Hinc animaduertimus, præcipuè vim conſtitui in conſumptione fructuum, *l. quæſitum, 40. ff. de acqu. rer. domin. l. 3. ſequitur, §. lana, 19. ff. de vſucapionib. l. 41. Neſennius, §. 1. fundum, ff. de re iudic. l. certum, 22. C. de R. V. §. ſi quis à non domino, Inſtit. de rer: diuiſio:*

276 Inſtabit aliquis, ſtatim fieri bonæ fidei poſſeſſoris fructus, *d. §. 19. lana, l. in pecudum, 28 ff. de vſuris, l. bonæ fidei, 48. ff. de acqu: rer: domin: vbi dicitur*, percipiendo fructus, bonæ fidei poſſeſſorem ſuos facere, de conſumptione autem, in d. legibus, altum ſilentium, perceptione, inquam, fructus fiant bonæ fidei poſſeſſoris, *l. ſi eius, 78. ff. de R. V. l. arboribus, 12. § Iulianus, 5. ff. de vſufructu & quemadm. &c. l. ſi fructuarius meſſem, 13. ff. quibus modis vſusfructus amittatur,* percepti verò dicuntur, ſi à ſolo ſeparati ſint, *d. l. 13. Balduinus, ad §. is verò ad quem, Inſtit. de rer. diuiſio: Cuiacius, lib. 11. obſ. cap. 39.*

His occurri poteſt, perceptos, poſſeſſoris fieri, quam diu à domino vindicantur, conſumptos, verè eius fieri, quia à domino vindicari non poſſint, *dict. l. quæſitum, 40. ff. de acqu. rer. domin: d. §. ſi quis à non domino, Inſtit: de rer: diuiſio:* nec abſurdum eſſe, quem dominum factum, cogi ad reſtitutionem fructuum, ſuos quidem facere, donec ab eo res euincatur, *l. indebiti, l. 2. quotiens, §. 1. vbi igitur,* iuncta *l. idem quod 6. ff. de condictio: indebiti.*

277 Verum, reſtat ſcrupulus † multò infeſtior, *ex l. ſumptibus, 48. ff. de R. V,* in verbis, *ſcilicet, ſi fructuum ante litem conteſtatam percepto-*

ceptorum ſummam excedant &c. ſi ſumptus excedant fructuum antè litis conteſtationem perceptorum quantitatem, ſuperfluum tunc prçſtabitur, quò fit, vt bonæ fidei poſſeſſor non lucrabitur fructus, ante litẽ conteſtatam, contra *d. l.* 4. §. *poſt, ff. finium regund. l. certum,* 22. *C. de R. V. cum ſimilib. ſuprà adductis.*

Huc pertinet *l. emptor,* 65. *ff. de R. V.* & *l.* 16. *ſuper empti, C. de euictionib.* quæ hoc ipſum inſinuant.

Interpretes communiter *ad d. l. ſumptus,* 48. & *l.* 65. *emptor,* conſtituunt, in d. legibus tradi exceptionem à regula, qua docetur, fructus perceptos, antè litem conteſtatam, ſuos facere bonæ fidei poſſeſſorem, videatur & *Duarenus, ad d. l.* 16. *ſuper empti,* verſ: *habita ratione fructuum &c.*

Moderni autem confugiunt † ad correctionem textus, & ita legendum putant, *in d. l. ſumptus,* 48 *ff. de R. V.* in verbis, *Scilicet ſi fructuum à lite conteſtata perceptorum &c.* vt ſit ſenſus, cum fructus à lite conteſtata tantum, *id eſt*, poſt litem conteſtatam, bonæ fidei poſſeſſor fructus reſtituat, horum pretium compenſabit, cum impenſis, quas fecit, ſumptus, *inquam*, compenſabit cum fructibus, perceptis à lite, *id eſt*, poſt litem, etſi ſumptus excedant fructuum à lite perceptorum quantitatem, tunc ſuperfluum præſtabitur, eandem correctionem repetunt, *in d. l. emptor,* 65. vt pro dictione, *ante*, ponant, *poſt*. 278

In cuius confirmationem, ponderari poteſt *Text. in l. euictis.* 18. *ff. de vſuris,* ibi, *quamuis emptor poſt dominij litem inchoatam, fructus aduerſario reſtituit &c.* cum alijs ſuperioribus recitatis; Quibus cauetur, fructus, bonæ fidei poſſeſſori, ante litem conteſtatam, lucro cedere, adeò, vt nec ad eorum maximè conſumptorum æſtimationem teneatur.

Porrò, † cum correctio *Textus* difficilè admittenda ſit, proindè, quod dicitur, fructus à poſſeſſore perceptos, compenſandos cum expenſis in rem meliorandam factis, ad eos fructus pertinet, qui reſtituendi ſunt, non autem ad eos, qui pleno iure acquiſiti ſunt poſſeſſori, nam hi cõpenſandi nõ ſunt, cum effe- 279

Digitized by Google

ctu ipſi parum interſit,an compenſentur,an reſtituantur,quia compenſatio vim ſolutionis obtineat,*l.* 4. *ſi conſtat, C. de Compenſationib.* & ita definitum refert *Codex Fabrianus, lib.* 7. *tit.* 18. *defin.* 70.

280 His ita digeſtis,exoritur quæſtio, † an in quantum locupletior factus ſit, fructus bonæ fidei poſſeſſor reſtituet?

Cenſebitur autem locupletior factus, ſi pretium ex venditione fructuum redactum adhuc extet, quia pretium loco rei ſit, *l. item ſi* §. *vlt. ff. de R. V. l.* 22. *ſi & rem, ff. de petit. hæred. Balduinus, in* §. *ſi quis à non domino, poſt nu.* 15. ibidem *Mynſing. nu.* 8. *Inſtit. de rerum diuiſione,* vel conuerterit in rem ſuam, & hos fructus conſumpſerit, ſuis autem pepercerit, *Dd. ad l.*25.§. 11. *ff. de petit. hæred.*

Deinde cenſetur quis locupletior factus, ſi tantundem de ſuo eſſet erogaturus, aut neceſſariam ſibi rem emat, quam neceſſariò de ſuo erat empturus, *l.* 47. *in pupillo*, §. 1. *plane, ff. de ſolution.* ſeu vt ſuum, quod habebat, retineret, alioquin amiſſurus, de qua re *in l. vtrum,* 23. *l.* 25. *ſed etſi,* §. 11. *conſuluit, cum aliquot ſeq. ff. de petit. hæred.*

Si itaque bonæ fidei poſſeſſorem, alterutro horum modorum, locupletiorem factum eſſe conſtituamus, an ad fructuũ conſumptorum reſtitutionem obligabitur? (quæſtio autem eſt in iudicio particulari, non vniuerſali, vbi receptum, bonæ fidei poſſeſſorem, reſtitutioni fructuum obnoxium eſſe, quatenus locupletior factus, *l. item veniunt,* 20. §. *Præter,* 6. verſic. *eos autem, l.* 25. §. 11. *conſuluit, l.* 40. §. 1 *ff. & l.* 1. *C. de petit. hæredit.*)

281 Et non deſunt legum, † nec rationum præſidia, quibus euinci videtur, aliud obtinere in iudicio particulari.

Primo, in petitione hæreditatis, vt Iudicio vniuerſali, ideò id introductum eſſe, quia poſſeſſor hæreditatis careat titulo, & fructus augeant hæreditatem, tanquam ius vniuerſale, *l. item veniunt,* 20. §. *item non ſolum,* 3. verſic. *fructus autem, ff. de petit. hæred.* & petantur iure actionis, proinde atque ipſa corpora hære-

Digitized by Google

hæreditaria, non iudicis officio, vt in rei vindicatione euenire videtur.

Secundo, in conſiderationem adducitur *l.* 4. §. 2. *ff. finium regund. l. quæſitum*, 40. *in fine, ff. de acq. rer. domin.*

Tertio, quod bona fides, poſſeſſio, cultura, conſumptio, hoc conciliare & impetrare videantur; quid enim æquius eſt, quam vt fructus meos faciam, quos mea impenſa, & induſtria, bona fide expreſſi, vltrò alioqui non naſcituros, hæc enim naturalis ratio verſatur in conſideratione culturæ, & curæ, maximè adiuncta hac ratione, quod ex pecunia erogata, tantundem intereſſe, & plus ſæpius, quam fructuum percipere potuiſſem, vnde ab humanitate omni alienum videtur, vt fructibus conſumptis caream, & intereſſe.

Denique, in hanc ſententiam omnes leges adduci poſſunt, quibus conſtituitur, fructus pleno iure bonæ fidei poſſeſſoris eſſe, idq; iuris habere, quod dominis tributum ſit, *l. qui ſcit*, 25. §. *in alieno*, verſ. *porrò, bonæ fidei poſſeſſor, l. in pecudum &c.* 28. *ff. de vſuris &c. l. bonæ fidei*, 48. *ff. de acq. rer. domin. l.* 2. *C. ſi quis ignorans. &c. cum ſimilib.* ſupra dictis.

Porrò, contraria ſententia † non minoribus legum præſidijs inniti videtur, principio enim ponderatur *argumentum*, *d. l.* 25. §. *conſuluit, ff. & l.* 1. *C. de petit. hæred.* 282

Secundo, quod nemo, cum damno alterius, locupletior fieri debeat, *l. planè*, 38. *ff. de petit. hæred. l.* 206. *iure, ff. de R. I. cap. locupletari, eód. in* 6. damnum autem cenſeri, ſi amittamus id, quod noſtrum eſt, aut quod conſequi potuimus, *l. ſi ſeruum*, 33. *in fine, ff. ad L. Aquiliam*, & noſtrum eſſe, quod ex re noſtra ſupereſt, *l.* 49. *ſolum*, §. 1. *ff. de R. V.* vndè æquum eſſe, vt res mea cum acceſſionibus reddatur, *l.* 32. *ſi me & Titium*, *iuncta l.* 32. *ſi eum ſeruum ff. de rebus credit.*

Tertio, quod ratio, cur id receptum ſit, in vniuerſali iudicio, obtineat etiam in particulari; nullam autem aptiorem & conuenientiorem reddi poſſe, quam quod lucrum extorqueatur, & aufferatur, vndè non cenſebitur, bonæ fidei poſſeſſoribus in-

& quæ occaſione rei acquiruntur continentur & alia, vt vſuræ, reditus, penſiones ædium; mercedes colonorum, operæ ſeruorum, *l. 26. 34. 36. ff. de vſuris &c. l. 27. ancillarum, §. ſed & penſiones, ff. de petit. hæred. l. mercedes, 29. ff. de petit. hæred. l. nauis, 62. ff. de R. V.*

Et ſunt, qui exiſtimant, bonæ fidei poſſeſſorem, hos fructus ciuiles lucrari, pro rata temporis, quo ceſſerunt, vt *in l. defuncta, 38. ff. de vſufructu.*

Alij autem, *vt Balduinus, in d. §. ſi quis à non domino, Inſtit. de rer. diuiſ.* refert, ſi curam ſuam impenderit, ſuum eſſe, quod inde percepit, cum *Papinianus, in l. ſi vrbana, 55. ff. de condict. indebiti,* eoſdem malæ fidei poſſeſſori deneget.

Verum, cum hæc quæſtio *à Gilken. in d. l. certum, cap.* 8. examinata ſit, eodem, breuitatis cauſa, Lectorem reijcio.

Denique in hac materia notandum, fructus reſtituendos eſſe, à die litis primo motæ, etiamſi in ſecunda inſtantia demum condemnatio ſecuta ſit, quod memoriæ commendandum, refert *Rulantus, par. 3. lib. 6. de firmand. reſ. acqu. interrog. cap. 7. nu.* 17. In quam rem facere videtur *l. fiſcus 38. ff. de iure fiſci.*

Sed de his hactenus.

286 Porro, † ſi de æſtimatione facienda fructuum, aut alterius rei incidat dubitatio, cuius temporis æſtimatio aut ratio ineunda erit?

An contractus? vt, *l. cum quid. 3. ff. de rebus creditis,* vbi tacitè actum intelligitur, vt eadem bonitate qua quid datum, reddatur &c. *l. fundum, 28. ff. de nouation. l. cum quis, 22. ff. de O. & A.* inſinuare videntur.

287 An verò litis † conteſtatæ tempus? vt, *l. 22. vinum, ff. ſi cert. petat.* euinci videtur, vbi verbum *petitum,* referēdum ad iudicē, licet enim verbum petendi generale ſit; vt tam ad petitionem extraiudicialem, quam in iudicio referri poſſit, *l. 48. ſi decem, ff. de verbor. oblig. l. amplius, 15. ff. rem ratam haberi.* Tamen *in d. l. 22. vinum,* de petitione in iudicio facta, intelligendum, vt reſpon-

reſponſio interrogationi conformis ſit, propoſitæ enim quæſtioni, cuius temporis, vini ineunda ſit æſtimatio, de tribus tantum temporibus quæſiuit, contractus litis conteſtatæ, & ſententiæ, reſpondet I.C. *quanti tunc cum petitum eſſet &c.* Quæ verba relata ad interrogationem, intelligi non poſſunt, de alio tempore, quam litis conteſtatæ.

Secundo, *l. 3. §. in hac, ff. commodati, l. vlt ff. de condictione Triticaria.*

Tertio; præſtandum eſſe omne, quod habiturus fuiſſet petitor, ſi litis conteſtatæ tempore ſoluta res fuiſſet, *l. præterea, 20. ff. de R. V. l. cum fundus, 31. ff. de rebus creditis, l. vulgo, 2. ff. de vſuris &c.* at ſi debitor rem reſtituiſſet, aut ſoluiſſet debitum, creditor haberet illud tale, quale nunc eſt, vndè æquum eſt, eius temporis habere iudicem æſtimationem.

An verò tempus moræ inſpiciendum ſit, † vt ex *d. l. vinum,* 288
colligi videtur, ſi verbum, *petitum*, referatur ad interpellationem extraiudicialem, qua mora contrahitur, *l. mora, ff. de vſuris &c.* Hoc enim æquitatis ratio ſuadere videtur, vt mora moroſo ſit damnoſa, *cap. mora, de R. I. in 6.*

Huc accedat, cum facile euenire non poſſit, vt mora non præcedente perueniatur ad iudicem, vt ait I. C. in *l. 3. in fideicommiſſi, ff. de vſuris &c.* tempus moræ ſpectandum, ne ea impunita maneat, non litis conteſtationis.

Ad denique tempus rei iudicatæ? *vt. l. 33. fructus, l. 17. Iulianus, §. idem Iulianus, 1. ff. de R. V.* & apertius *in l. 3. §. in hac, ff. commodati.*

Pro conciliatione harum legum, † variæ diſtinctiones ab 289
Interpretibus excogitatæ ſunt, quibus omiſſis, ſtatuenda eſt regula.

In ſtrictis iudicijs, regulariter tempus litis conteſtationis eſſe ſpectandum, *d. l. 3. §. in hac, ff. Commodati, l. vlt. ff. de Condict. Triticaria, l. 22. vinum, ff. de reb. credit.* in iudicijs autem bonæ fidei, tempus rei iudicatæ, *d. l. 3.* ſi tamen debitor, moram fecerit, in re tradenda, eius temporis æſtimatio facienda,

pore accepti iudicij, ſeu litis conteſtationis, in ſtrictis iudicijs.

268 In hac autem materia fructuum † diligenter conſiderandum, fructus non intelligi, niſi deductis ſumptibus, qui quærendorum, cogendorum, & conſeruandorum fructuum cauſa fiunt, *l. fructus, 7. ff ſoluto matrimonio, l. quod in fructibus. 46 ff. de vſuris &c. l. 1. Cod. de fructibus & litium expenſis*, quod in omni fructuum exactione obtinet, etiamſi à malæ fidei poſſeſſore exigantur, *l. 36. ſi à domino, §. final. fructus, ff. de petit. hæredit. l. ait Prætor, 10. §. 20. & fructus, ff. quæ in fraudem creditorum &c.*

Ratio horum eſt, quia fructus ſine impenſis haberi non poſſunt, etiamſi dominus fundum poſſediſſet. Hinc eleganter Iuris Conſultus *Iulianus, in l. 51. fundus, ff. famil. erciſc.* Nullum caſum interuenire poſſe, qui hoc genus deductionis impediat &c. (quod tamen ita intelligendum, niſi aliud conuenerit, vti videre eſt in Partiario Colono, aut lege nominatim expreſſum ſit, rationem expenſarum non habendam, in ſolutione fructuum, vt *in cap. Tua nobis, 26. cap. Paſtoralis, 28. ext. de decimis*) *Rulantus, part. tertia. lib. ſexto. de firmand. reſ. acqu. interrog. cap. 7. nu. 36.* vbi hoc in quadam cauſa conſideratum refert.

269 Secundo animaduertendum, † vt non ſolum percepti, ſed etiam qui percipi potuerunt, in reſtitutionem veniant, *l. ſi nauis. 62. §. fin. ff. de rei vindic. vbi l. C. Papinianus*, generaliter, *definit*, cum de fructibus æſtimandis quæritur, animaduerti debere, non an malæ fidei poſſeſſor fruiturus ſit, ſed an petitor frui potuerit, ſi ei poſſidere licuiſſet &c. quam definitionem generalem, tam in vniuerſali, quam particulari iudicio, obtinere à quibuſdam ſtatuitur, non enim quæritur in vtroq; iudicio, quid poſſeſſor habere potuerit, ſed quid petitor, cui hac fructuum reſtitutione, leges conſultum volunt.

Idem traditur *in l. 12. ſed & partus, ff. quod metus cauſa, l. cum ſeruus &c. 39. §. 1. fructus, ff. de legatis, 1. l. ſi ea res, 31. §. 1. non ſolum,*

lum, ff. de action. empt. l. 4. ſi de poſſeſſ. C. vnde vi, cap. 11. grauis, ext. de reſtit. ſpoliator:

In contrarium autem vrgere videntur, *l. ait Prætor, 10. §. fructus, ff. quæ in fraudem credito: l. domum, 5. l. ſi fundum, 17. C. de rei vindicat. l. 1. C. de petit. hæred. l. 2. C. de fructibus & litium expenſis, l. 25. ſed etſi lege, §. 4. ſed ad fructus &c. ff. de petit. hæred.* quibus cauetur, illos fructus reſtituendos eſſe, quos poſſeſſor referre potuiſſet, *Gilken. in l. certum, 22. cap. 9. nu. 3. cum ſeq. C. de rei vindic.* recitatis aliquot conciliationibus, ijsque reiectis; Tandem conſtituit, nihil intereſſe, vtrum verba concepta ſint, in perſonam petitoris, aut poſſeſſoris, cum in vnum & idem recidant, vtrobiq; enim, non ratio peculiaris compendij, quod ratione perſonæ quis ſentire poſſet, ſed communis æſtimationis, habenda ratio ſit, ita vt ille audiẽdus non ſit, qui vltra communem & diligentis Patris familias conſuetudinem, quid deſideret, quare ſi res ita comparata ſit, vt ab vtroq; vt diligẽti Patrifamilias, fructus percipi potuiſſent, vlteriore inueſtigatione opus non erit, quam ea, qua quæritur, quos fructus poſſeſſor, vt diligens Pater familias, percipere potuiſſet.

Quæ opinio æquiſſima videtur; † cui ſubſcribere videtur *Balduinus, ad §. ei verò, nu. 5. inſtit. de rer. diuiſion. Sichardus ad l. domum, 5. C. de rei vindicat. poſt nu. 4.* 270

In huius opinionis confirmationem, conſiderari poterit ratio *legis, 31. cæterum. ff. de rei vind. l. ſi ſeruum, 33. ff. ad L. Aquiliam, l. 63. pretia rerum, ff. ad legem Falcidiam; l. 1. §. 15. & alias videmus, ff. ſi quid in fraudem Patroni factum ſit:* Quibus probatur communem æſtimationem conſiderandam eſſe, vndè & fructuum, qui percipi potuerunt, æſtimatio facienda, ex communi diligentia Patris familias.

Tertio, in hac fructuum exactione ſecernenda eſt cauſa bonæ fidei poſſeſſoris, † à malæ fidei poſſeſſore, *l. bonæ fidei, 48. ff. de acqu. rer. domin. l. 4. ſed & loci, §. 2. poſt litem autem. ff finium regundorum, l. quarta. ſequitur, §. lana, 19. ff. de vſucapion. l. fructus, 45. ff. de vſuris, l. certum, 22. Cod. de rei vindic. §. ſi quis* 271

à non

à non domino, inſtit. de rer. diuiſ. Ibidem paſſim communiter Dd. de qua re, breuitatis cauſa, reijcio lectorem ad *Gilken. ad d. l. certum*, vbi hanc materiam, & præcipue *caput 7.* exactiſſimè perſequitur, *& Menochium, remed. recup. poſſ. 15. num. 573.* cum ſeq.

In hac tamen materia impedita, & intricata, illud conſtat, malæ fidei poſſeſſorem, ad omnium fructuum reſtitutionem teneri, etiam conſumptorum, *l. 40 illud, §. 1. Prædo, iuncta l. ſi poſſeſſor, 52. l. 56 cum hæreditas, ff. de petit. hæredit. l. 22. ſi pignore, §. ſi prædo &c. 2. ff. de pignor. actio. l 22 certum, C de R. V. l. malæ, C de condict. ex lege, §. etſi in rem actum ſit, 3.* verſ. *illorum autem fructuum, Inſtit. de officio iudicis.*

Idem iudicium eſt in bonæ fidei poſſeſſore, lite conteſtata, vt vniuerſos reſtituere teneatur, *d l. 22. certum, d §. etſi in rem, 3.* verſic. *poſt inchoatam autem petitionem, inſtit. de officio iudicis, l. ſed etſi, lege, §. 7 ſi ante, iuncta l. 31. ſi quid poſſeſſor, §. 3. ſicut autem, ff. de petit. hæred. l. 91. quæſitum, §. vlt. cum homo. de legat. 1. l. fiſcus, 38. ff. de iure fiſci.*

272 Ratio eſt, † quia interpoſita conteſtatione, & cauſa, in iudicium deducta, malæ fidei poſſeſſor fit, *d. §. ſi ante, l. 2. ſi poſt: C. de petit. hæred. l. 2. C. de fruct. lib. & litium expenſis, l. nemo, 10. C. de acqu. poſſeſſ. &c.*

Et hanc doctrinam confirmat præiudicijs *Rulantus, par. 3. lib. 6 de firmand reſ. acq. interr. cap. 7. num. 9.* vbi refert, à tempore litis conteſtationis fructus adiudicatos fuiſſe. Videatur & *Codex Fabr. lib 7. tit. 18. defin. 25. 64. 73. & 77.*

273 Quod autem dictum eſt, † litis conteſtatione, quem in mala fide conſtitui, hoc iuris interpretatione potius, quam ex rei veritate iudicatur, nec enim in omnibus cenſentur eſſe malæ fidei poſſeſſores, qui initio illæſam conſcientiam habuerunt, nam ſi res pereat, bonæ fidei poſſeſſores, etiam accepto iudicio, liberantur, nec enim debet poſſeſſor aut mortalitatem præſtare, aut propter metum huius periculi temerè indefenſum ius ſuum relinquere, aut ſactum præſtare, *l. vtiq;*

16. in

16. *in princ. ff. de R. V. l.* 40. *illud, ff. de petit. hæred.* quam legem, illam celebrem & variè à Doctoribus agitatam quæſtionem, quatenus poſſeſſor ab interitu rei liberetur, *Pauli I. C.* tanquam arbitri huius controuerſiæ, dirimere ſtatuo.

Non itaque in omnibus malæ fidei poſſeſſor quis conſtituitur accepto iudicio, *l.* 24. *ſi quis ſolutioni, ff. de vſuris,* quo ad fructuū reſtitutionem autem, poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores ſunt pares, *d. §. ſi ante, l. 25. ff. de petit. hæredit. d. §.* 3. verſ. *poſt.*

Nec admittenda videtur † poſtulatio poſſeſſoris allegantis, fundum incultum, ſterilem, infructuoſum fuiſſe, nunc autem excultum, fructuſque potius ex induſtria, & cultura, quam ex re ipſa percepiſſe, & pretia non ex præterita, ſed ex præſenti æſtimatione conſtitui, ſicuti enim diligenti cultura pretia prædiorum ampliantur, ita ſi negligentius habita ſint, minui ea, neceſſe eſt, vt ait I. C. *in l. 3. non intelligitur, §. 5. diui fratres, ff. de iure fiſci.* Quare iniquum, & alienum ab humanitate videtur, ad fructuum reſtitutionem, etiam poſt litem conteſtatam, adſtringi poſſeſſorem, maximè bonæ fidei, tempore emptæ rei: Verum, cum nihil commune habeat qualitas fundi, cum mala, aut bona fide poſſeſſoris, fundusque reſtituendus ſit, qualis fuerit litis conteſtatæ tempore, *l. 2. vulgo, ff. de vſuris &c. cum ſimilib. refert Codex Fabrianus, lib. 7. titul. 18. definit. 19.* poſſeſſorem obligari ad reſtitutionem fructuum, cum temperamento tamen ibidem adducto, *ex l. 48. ſumptus, ff. de R. V.* 274

Et hæc de fructibus perceptis, poſt litis conteſtationem.

Maioris difficultatis eſt, † quid ſentiendum, de fructibus perceptis, antè litis conteſtationem: Negat enim *l. fructus, 45. ff. de vſuris &c.* naturales fructus lucro bonæ fidei poſſeſſ. cedere. Affirmare videtur, *l. bonæ, 48. ff. de acquir. rer. domin.* Conciliatio harum legum in difficili eſt, quarum varias expoſitiones, vide apud *Gilken. ad d. l. 22. certum, cap. 7. per totum, C. de R. V.* Interpretes, *ad §. ſi quis à non domino, Inſtitut. de rerum diuiſione.* 275

Hoc expeditum videtur, bonæ fidei poſſeſſorem ante litem conteſtatam, ſeu acceptum iudicium, conſumptos fructus lucrari authorit. *l. 4 ſed & loci*, §. 2. *poſt, ff. finium regundorum*, *ponderatis ſubſequentibus verbis.* Sed ante iudicium percepti non omnimodo hoc in iudicium venient, aut enim bona fide percepit, & lucrari eum oportet, ſi eos percepit &c. *&* §. 3. *etſi in rem*, verſic. *ſi verò bonæ fidei poſſeſſor fuerit: non habetur ratio*, *neque conſumptorum, neque non perceptorum &c.* Inſtit. *de officio Iudicis.*

Hinc animaduertimus, præcipuè vim conſtitui in conſumptione fructuum, *l. quæſitum*, 40. *ff. de acqu. rer. domin. l.* 3. *ſequitur*, §. *lana*, 19. *ff. de vſucapionib. l.* 41. *Neſennius*, §. 1. *fundum*, *ff. de re iudic. l. certum*, 22. *C. de R. V.* §. *ſi quis à non domino, Inſtit. de rer: diuiſio:*

276 Inſtabit aliquis, ſtatim fieri bonæ fidei poſſeſſoris fructus, *d.* §. 19. *lana, l. in pecudum*, 28 *ff. de vſuris, l. bonæ fidei*, 48. *ff. de acqu: rer: domin: vbi dicitur*, percipiendo fructus, bonæ fidei poſſeſſorem ſuos facere, de conſumptione autem, in d. legibus, altum ſilentium, perceptione, inquam, fructus fiant bonæ fidei poſſeſſoris, *l. ſi eius*, 78. *ff. de R. V. l. arboribus*, 12. §. *Iulianus*, 5. *ff. de vſufructu & quemadm. &c. l. ſi fructuarius meſſem*, 13. *ff. quibus modis vſusfructus amittatur*, percepti verò dicuntur, ſi à ſolo ſeparati ſint, *d. l.* 13. *Balduinus, ad* §. *is verò ad quem, Inſtit. de rer. diuiſio: Cuiacius, lib.* 11. *obſ. cap.* 39.

His occurri poteſt, perceptos, poſſeſſoris fieri, quam diu à domino vindicantur, conſumptos, verè eius fieri, quia à domino vindicari non poſſint, *dict. l. quæſitum*, 40. *ff. de acqu. rer. domin: d.* §. *ſi quis à non domino, Inſtit: de rer: diuiſio:* nec abſurdum eſſe, quem dominum factum, cogi ad reſtitutionem fructuum, ſuos quidem facere, donec ab eo res euincatur, *l. indebiti, l.* 2. *quotiens.* §. 1. *vbi igitur*, iuncta *l. idem quod* 6. *ff. de condictio: indebiti.*

277 Verum, reſtat ſcrupulus † multò infeſtior, *ex l. ſumptibus*, 48. *ff. de R. V.* in verbis, *ſcilicet, ſi fructuum ante litem conteſtatam percepto-*

ceptorum ſummam excedant &c. ſi ſumptus excedant fructuum antè litis conteſtationem perceptorum quantitatem, ſuperfluum tunc præſtabitur, quò fit, vt bonæ fidei poſſeſſor non lucrabitur fructus, ante litē conteſtatam, contra *d. l.* 4. *§. poſt, ff. finium regund. l. certum,* 22. *C. de R. V. cum ſimilib. ſuprà adductis.*

Huc pertinet *l. emptor,* 65. *ff. de R. V. &* *l.* 16. *ſuper empti, C. de euictionib.* quæ hoc ipſum inſinuant.

Interpretes communiter *ad d. l. ſumptus,* 48. *& l.* 65. *emptor,* conſtituunt, in d. legibus tradi exceptionem à regula, qua docetur, fructus perceptos, antè litem conteſtatam, ſuos facere bonæ fidei poſſeſſorem, videatur *& Duarenus, ad d. l.* 16. *ſuper empti,* verſ. *habita ratione fructuum &c.*

Moderni autem confugiunt † ad correctionem textus, & ita legendum putant, *in d. l. ſumptus,* 48 *ff. de R. V.* in verbis, *Scilicet ſi fructuum à lite conteſtata perceptorum &c.* vt ſit ſenſus, cum fructus à lite conteſtata tantum, *id eſt,* poſt litem conteſtatam, bonæ fidei poſſeſſor fructus reſtituat, horum pretium compenſabit, cum impenſis, quas fecit, ſumptus, *inquam,* compenſabit cum fructibus, perceptis à lite, *id eſt,* poſt litem, etſi ſumptus excedant fructuum à lite perceptorum quantitatem, tunc ſuperfluum præſtabitur, eandem correctionem repetunt, *in d. l. emptor,* 65. vt pro dictione, *ante,* ponant, *poſt.* 278

In cuius confirmationem, ponderari poteſt *Text. in l. euictis.* 18. *ff. de vſuris,* ibi, *quamuis emptor poſt dominij litem inchoatam, fructus aduerſario reſtituit &c.* cum alijs ſuperioribus recitatis: Quibus cauetur, fructus, bonæ fidei poſſeſſori, ante litem conteſtatam, lucro cedere, adeò, vt nec ad eorum maximè conſumptorum æſtimationem teneatur.

Porrò, † cum correctio *Textus* difficilè admittenda ſit, proindè, quod dicitur, fructus à poſſeſſore perceptos, compenſandos cum expenſis in rem meliorandam factis, ad eos fructus pertinet, qui reſtituendi ſunt, non autem ad eos, qui pleno iure acquiſiti ſunt poſſeſſori, nam hi cōpenſandi nō ſunt, cum effe- 279

ctu ipſi parum intereſt, an compenſentur, an reſtituantur, quia compenſatio vim ſolutionis obtineat, *l.* 4. *ſi conſtat, C. de Compenſationib.* & ita definitum refert *Codex Fabrianus, lib.* 7. *tit.* 18. *defin.* 70.

280 His ita digeſtis, exoritur quæſtio, † an in quantum locupletior factus ſit, fructus bonæ fidei poſſeſſor reſtituet?

Cenſebitur autem locupletior factus, ſi pretium ex venditione fructuum redactum adhuc extet, quia pretium loco rei ſit, *l. item ſi* §. *vlt. ff. de R. V. l.* 22. *ſi & rem, ff. de petit. hæred. Balduinus, in* §. *ſi quis à non domino, poſt nu.* 15. ibidem *Mynſing. nu.* 8. *Inſtit. de rerum diuiſione*, vel conuerterit in rem ſuam, & hos fructus conſumpſerit, ſuis autem pepercerit, *Dd. ad l.* 25. §. 11. *ff. de petit. hæred.*

Deinde cenſetur quis locupletior factus, ſi tantundem de ſuo eſſet erogaturus, aut neceſſariam ſibi rem emat, quam neceſſariò de ſuo erat empturus, *l.* 47. *in pupillo*, §. 1. *plane, ff. de ſolution.* ſeu vt ſuum, quod habebat, retineret, alioquin amiſſurus, de qua re *in l. vtrum,* 23. *l.* 25. *ſed etſi,* §. 11. *conſuluit, cum aliquot ſeq. ff. de petit. hæred.*

Si itaque bonæ fidei poſſeſſorem, alterutro horum modorum, locupletiorem factum eſſe conſtituamus, an ad fructuū conſumptorum reſtitutionem obligabitur? (quæſtio autem eſt in iudicio particulari, non vniuerſali, vbi receptum, bonæ fidei poſſeſſorem, reſtitutioni fructuum obnoxium eſſe, quatenus locupletior factus, *l. item veniunt,* 20. §. *Præter,* 6. verſic. *eos autem, l.* 25. §. 11. *conſuluit, l.* 40. §. 1 *ff. & l.* 1. *C. de petit. hæredit.*)

281 Et non deſunt legum, † nec rationum præſidia, quibus euinci videtur, aliud obtinere in iudicio particulari.

Primo, in petitione hæreditatis, vt Iudicio vniuerſali, ideò id introductum eſſe, quia poſſeſſor hæreditatis careat titulo, & fructus augeant hæreditatem, tanquam ius vniuerſale, *l. item veniunt,* 20. §. *item non ſolum,* 3. verſic. *fructus autem, ff. de petit. hæred.* & petantur iure actionis, proinde atque ipſa corpora hære-

hæreditaria, non iudicis officio, vt in rei vindicatione euenire videtur.

Secundo, in conſiderationem adducitur *l.* 4. §. 2. *ff. finium regund. l. quæſitum*, 40. *in fine, ff. de acq. rer. domin.*

Tertio, quod bona fides, poſſeſſio, cultura, conſumptio, hoc conciliare & impetrare videantur, quid enim æquius eſt, quam vt fructus meos faciam, quos mea impenſa, & induſtria, bona fide expreſſi, vltrò alioqui non naſcituros, hæc enim naturalis ratio verſatur in conſideratione culturæ, & curæ, maximè adiuncta hac ratione, quod ex pecunia erogata, tantundem intereſſe, & plus ſæpius, quam fructuum percipere potuiſſem, vnde ab humanitate omni alienum videtur, vt fructibus conſumptis caream, & intereſſe.

Denique, in hanc ſententiam omnes leges adduci poſſunt, quibus conſtituitur, fructus pleno iure bonæ fidei poſſeſſoris eſſe, idq; iuris habere, quod dominis tributum ſit, *l. qui ſcit*, 25. §. *in alieno*, verſ. *porrò, bonæ fidei poſſeſſor, l. in pecudum &c.* 28. *ff. de vſuris &c. l. bonæ fidei*, 48. *ff. de acq. rer. domin. l.* 2. *C. ſi quis ignorans. &c. cum ſimilib.* ſupra dictis.

Porrò, contraria ſententia † non minoribus legum præſidijs inniti videtur, principio enim ponderatur *argumentum, d. l.* 25. §. *conſuluit, ff. & l.* 1. *C. de petit. hæred.* 282

Secundo, quod nemo, cum damno alterius, locupletior fieri debeat, *l. planè*, 38. *ff. de petit. hæred. l.* 206. *iure, ff. de R. I. cap. locupletari, cód. in* 6. damnum autem cenſeri, ſi amittamus id, quod noſtrum eſt, aut quod conſequi potuimus, *l. ſi ſeruum*, 33. *in fine, ff. ad L. Aquiliam*, & noſtrum eſſe, quod ex re noſtra ſupereſt, *l.* 49. *ſolum*, §. 1. *ff. de R. V.* vndè æquum eſſe, vt res mea cum acceſſionibus reddatur, *l.* 32. *ſi me & Titium*, *iuncta l.* 32. *ſi eum ſeruum. ff. de rebus credit.*

Tertio, quod ratio, cur id receptum ſit, in vniuerſali iudicio, obtineat etiam in particulari, nullam autem aptiorem & conuentiorem reddi poſſe, quam quod lucrum extorqueatur, & aufferatur, vndè non cenſebitur, bonæ fidei poſſeſſoribus in-

iuria fieri, *l. ſexta. quod autem*, §. 11. *ſimili modo*, *ff. quæ in fraudem Creditor*: cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur, neque bonam fidem, poſſeſſionem &c. contrarium inducere poſſe, nam vbicunque de lucro tractatur, ob bonam fidem quis fructus ſibi polliceri non poterit, vti videre eſt *ex l. indebiti*, 15 *iuncta l. 65. in ſumma* §. 5. *ei qui indebitum &c. ff. de condictione indebiti*. Multo minus ratio culturæ conſideranda erit, cum non aliter reſtituendi ſint, quam deducta impenſa, *d.* §. 5 *ei qui*, *l. ait prætor*, 10. §. 20. *& fructus. ff. quæ in fraud. credit. cum ſimilib.*

Denique, *argum. l. 3. itemq. ff. de condictione indebiti*, *l. Imperator*, 70. §. *fin. cum duabus legib. ſeq. ff. de legatis*, 2. *maximè verò* §. 3. *& ſi in rem*, verſ. *etſi hæreditas*, *inſtit. de officio Iudicis*, vbi Imperator vtrumq; iudicium æquiparat, quo ad fructuum reſtitutionem. *Couar. variar. reſolut. cap. 3. nu. 6.* & ita obſeruatum in quadam cauſa refert *Rulant. de Commiſſar. par. 3. lib. 6. de firmand. reſ. acqu. interrog. cap. 7 nu. 9.*

In hac legum & rationum conflictatione, non facilè fuerit, quid ſecurè ſequendum ſit, expediuiſſe.

28 Exiſtimarem tamen, † primæ opinioni, vt ſumma æquitate ſubnixæ, rationem conſtare, cum cultura, bona fides, conſumptio, hoc conciliare videantur, vndè animaduertimus, nominatim mentionem fieri bonæ fidei, culturæ, *in d.* §. *ſi quis à non domino &c inſtit. de rer. diuiſio*: præcipuè autem conſumptionis, adeò, vt vindicari non poſſint, §. 3. verſ. *ſi verò bonæ fidei. Inſtit. de offic. iud.* tum etiam propter poſſeſſionem cuius proprius finis eſt vtilitas fructuum, & negligentiam non petentis fundum ſuum, cum magis petitori negligenti, quam poſſeſſori, qui bona fide fructus conſumpſit, imputandum ſit, *l. 22. mulier*, §. *ſi hæres*, *ſecunda. ff. ad Senatum Conſult. Trebellianum.*

Denique, admiſſa in contrarium opinione, deterioriſſima erit cauſa, & conditio bonæ fidei poſſeſſoris, cum enim credendum non ſit, aliquem bona ſua temere dilapidare aut profundere

fundere

fundere, *l. cum de indebito, ff. de probat*, ſemper ad reſtitutionem fructuum obligari videtur.

Nec obſtat, non cenſeri locupletem factum, ſi pretium abſit, *l. 14. Labeo ff. de verb. ſignif.* ſi tamen illud in aliam rem conuerſum ſit, locuples factus exiſtimatur, *l. videamus, 17. l. ſi ipſa res, 18. ff. quod met. cau.*

Et hanc ſententiam moribus multorum locorum receptam eſſe, vt videlicet bonæ fidei poſſeſſor fructus lucretur vsq; ad litis conteſtationem, refert *Gilken. in d. l. 22. certum, cap. 7. nu. 90.*

Supereſt, vt videamus, † quod obtineat, in extantibus fructibus, quos, omiſſa altercatione, ſtatuo reſtituendos eſſe, ex *l. certum, Cod. de R. V. l. 41. Neſennius. §. fundum, 1. ff. de re iudic.* licet percepti ſint, non tamen conſumpti, quamuis enim percipiendo, bonæ fidei poſſeſſor fructus acquirat, domino tamen rem vindicante, antequam conſumantur, reſtituendi ſunt, vt multis probat *Gilken. in dict. l. certum, capit. ſeptimo. numer. 59 cum ſequen.* vbi argumentis pro contraria parte adductis, reſpondet, & de his fructibus extantibus, licet perceptis, (quibus opponuntur pendentes) ſi *l. ſumptus, 48. l. 65. emptor, ff. de R. V.* exaudienda eſſet, hanc ſententiam nihil abſurditatis conſecuturum eſſe videtur, vt cum hoc caſu reſtituere teneatur bonæ fidei poſſeſſor extantes fructus, licet perceptos, poſſit eoſdem compenſare cum ſumptibus factis, ad euitandam correctionem *textus*, quæ in iure odioſa eſt. 284

Quæret hic aliquis, an quæ de fructibus † dicta, generaliter intelligenda ſint, & trãsferẽda ad fructus ciuiles; Tritum enim eſt, fructus diuidi ab Interpretibus: In naturales, induſtriales & ciuiles: quam diuiſionem reprobat *Coraſius. lib. 5. Miſcellan. c. 9.* Cuius opinionem *Menochius*, confutat, *libr. 2. de arbitr. iudic. centur. tertia. caſu, 210.* vide *Gilken. in dict. l. certum, capit. ſexto.* an, *inquam*, etiam procedant in fructibus ciuilibus, latè enim patet, hoc nomen, complectitur namque, terra producit, 285

&.

& quæ occaſione rei acquiruntur continentur & alia, vt vſuræ, reditus, penſiones ædium, mercedes colonorum, operæ ſeruorum, *l. 26. 34. 36. ff. de vſuris &c. l. 27. ancillarum, §. ſed & penſiones, ff. de petit. hæred. l. mercedes, 29. ff. de petit. hæred. l. nauis, 61. ff. de R. V.*

Et ſunt, qui exiſtimant, bonæ fidei poſſeſſorem, hos fructus ciuiles lucrari, pro rata temporis, quo ceſſerunt, vt *in l. defuncta, 38. ff. de vſufructu.*

Alij autem, *vt Balduinus, in d. §. ſi quis à non domino, Inſtit. de rer. diuiſ.* refert, ſi curam ſuam impenderit, ſuum eſſe, quod inde percepit, cum *Papinianus, in l. ſi vrbana, 55. ff. de condict. indebiti*, eoſdem malæ fidei poſſeſſori deneget.

Verum, cum hæc quæſtio *à Gilken. in d. l. certum, cap.* 8. examinata ſit, eodem, breuitatis cauſa, Lectorem reijcio.

Denique in hac materia notandum, fructus reſtituendos eſſe, à die litis primo motæ, etiamſi in ſecunda inſtantia demum condemnatio ſecuta ſit, quod memoriæ commendandum, refert *Rulantus, par. 3. lib. 6. de firmand. reſ. acqu. interrog. cap. 7. nu.* 17. In quam rem facere videtur *l. fiſcus 38. ff. de iure fiſci.*

Sed de his hactenus.

286 Porro, † ſi de æſtimatione facienda fructuum, aut alterius rei incidat dubitatio, cuius temporis æſtimatio aut ratio ineunda erit?

An contractus? vt, *l. cum quid. 3. ff. de rebus creditis,* vbi tacitè actum intelligitur, vt eadem bonitate qua quid datum, reddatur &c. *l. fundum, 28. ff. de nouation. l. cum quis, 22. ff. de O. & A.* inſinuare videntur.

287 An verò litis † conteſtatæ tempus? vt, *l. 22. vinum, ff. ſi cert. petat.* euinci videtur, vbi verbum *petitum*, referēdum ad iudicē, licet enim verbum petendi generale ſit; vt tam ad petitionem extraiudicialem, quam in iudicio referri poſſit, *l. 48. ſi decem, ff. de verbor. oblig. l. amplius, 15. ff. rem ratam haberi.* Tamen *in d. l. 22. vinum*, de petitione in iudicio facta, intelligendum, vt reſpon-

Digitized by Google

reſponſio interrogationi conformis ſit, propoſitæ enim quæſtioni, cuius temporis, vini ineunda ſit æſtimatio, de tribus tantum temporibus quæſiuit, contractus litis conteſtatæ, & ſententiæ, reſpondet I.C. *quanti tunc cum petitum eſſet &c.* Quæ verba relata ad interrogationem, intelligi non poſſunt, de alio tempore, quam litis conteſtatæ.

Secundo, *l. 3. §. in hac, ff. commodati, l. vlt. ff. de condictione Triticaria.*

Tertio, præſtandum eſſe omne, quod habiturus fuiſſet petitor, ſi litis conteſtatæ tempore ſoluta res fuiſſet, *l. præterea, 20. ff. de R. V. l. cum fundus, 31. ff. de rebus creditis, l. vulgo, 2. ff. de vſuris &c.* at ſi debitor rem reſtituiſſet, aut ſoluiſſet debitum, creditor haberet illud tale, quale nunc eſt, vndè æquum eſt, eius temporis habere iudicem æſtimationem.

An verò tempus moræ inſpiciendum ſit, † vt ex *d. l. vinum,* 288
colligi videtur, ſi verbum, *petitum*, referatur ad interpellationem extraiudicialem, qua mora contrahitur, *l. mora, ff. de vſuris &c.* Hoc enim æquitatis ratio ſuadere videtur, vt mora moroſo ſit damnoſa, *cap. mora, de R. I. in 6.*

Huc accedat, cum facile euenire non poſſit, vt mora non præcedente perueniatur ad iudicem, vt ait I. C. in *l. 3. in fideicommiſſi, ff. de vſuris &c.* tempus moræ ſpectandum, ne ea impunita maneat, non litis conteſtationis.

Ad denique tempus rei iudicatæ? *vt. l. 33. fructus, l. 17. Iulianus, §. idem Iulianus, 1. ff. de R. V.* & apertius *in l. 3. §. in hac, ff. commodati.*

Pro conciliatione harum legum, † variæ diſtinctiones ab 289
Interpretibus excogitatæ ſunt, quibus omiſſis, ſtatuenda eſt regula.

In ſtrictis iudicijs, regulariter tempus litis conteſtationis eſſe ſpectandum, *d. l. 3. §. in hac, ff. Commodati, l. vlt. ff. de Condict. Triticaria, l. 22. vinum, ff. de reb. credit.* in iudicijs autem bonæ fidei, tempus rei iudicatæ, *d. l. 3.* ſi tamen debitor, moram fecerit, in re tradenda, eius temporis æſtimatio facienda,

quo plurimi fiat, an contractus, an moræ, an rei iudicatæ, *l. 3. §. ſi per venditorem, l. 21 ſi ſterilis §. cum per venditorem ff. de action: empti*, adeò, vt ſi res pluris fuerit contractus, aut moræ tempore, quam rei iudicatæ, reducenda ſit æſtimatio ad tempus contractus, ſeu moræ, ſin autem minoris rei iudicatæ tempus ſpectandum erit.

Cuius ratio redditur, quoniam in ſtrictis iudicijs, Iudex adſtringitur formulæ petitionis, huiusq; tempus ſpectandum, in iudicijs autem bonæ fidei, Iudex liberam ex æquo & bono æſtimandi habet poteſtatem, quantum dari oporteat, ideoque æſtimatio creſcit, vsq; ad tempus rei iudicatæ, incluſiuè, quod in ſtrictis Iudicijs non obtinet.

Hinc etiam videmus, quod in his iudicijs acceſſiones veniant tantum à tempore litis conteſtatæ, *l. videamus, §. ſi actionem, ff. de vſuris.*

Nec maior videtur eſſe ratio, in æſtimatione, quæ etiam officio Iudicis venit, quodque tantum à tempore accepti iudicij vires habet, *leg. ædiles, §. ſciendum, ff. de ædilitio edicto &c.*

290 Dixi, † *regulariter in ſtrictis iudiciis tempus litis conteſtationis attendendum eſſe*; nam ſi debitor prius in mora fuerit æquum eſt à tempore moræ, æſtimationum rationem haberi, ne ipſi fruſtratio impunita ſit, *l. ſi hominem, 37. ff. mandati.*

Et ita conciliari poterunt leges, quæ inter ſe pugnare videntur, *l. penult: ff. de condict: Triticaria, l. in re furtiua, 8. §. 1. ff. de condict: furtiua, l. rerum penult: ff. rerum amotarum, Cuiacius, in l. 59. ff. de verb: oblig:* videatur & *Duarenus, in tit: ſi cert: petat: fol: mihi, 839. Hotomanus, illuſt: quæſt: quæſt: 16. fol. 137. Codex Fabrianus, libr: quarto. tit: 2. defin: 6. 7. 8. 9. 15. 17. 18. & lib: quar. titul: 24. defin. 3. 9. 10. numer. octauo.* vbi latiſſimè diſputat, quomodo ineunda ſit æſtimatio, rei debitæ, tam ex contractu bonæ fidei, quam ſtricti iuris, ſecundum ſtrictam iuris rationem, *& d. defin; 15. d. lib: 4. tit; 2.* refert, quo iure nunc vtamur.

Sin aũt locus ſolutioni definitus ſit, aut certo die quid præ- 291
ſtandũ, quid obtineat, apertè deciſum *in l. vlt: ff. de condict, Triticaria, l. vinum, 22. ff. de Reb. Cred: l. quotiens, 59. cum ſeq. de V. O.* vbi *in d. l. 59.* legendũ, *alioquin aliàs rei captio erit. Id eſt,* alioquin ex ea re promiſſor damnum patietur, non enim nouum eſt in alio tẽpore iure, verbũ, *capi,* pro damnũ ſentire, aut lædi, accipi, *l. 6. in fine, ff. de in integ. reſtit. l. 14. item, §. aliquando, 5. verſ. ſed rectiſſimè, ff. quod met. cau. & c. l. 1. §. 42. filium ff. depoſiti, l. in bonæ, 36. ff. de peculio l. 116. nihil, §. 1. non capitur, l. 200 quoties, ff. de R. I.* quamuis aliter negat Hotomanus, *d. loco, fol:* 138. circà finem.

Cæterum vt lites præcidantur, † quæ ſuper fructuum æſti- 292
matione oriũtur, optimò iure, quibusdam in locis receptum, facilioris eius rei probationis cauſa, vt ſingulis hebdomadis, ſingulis in locis, certa relatio fiat, penes acta, ſeu Magiſtratum, per homines probatæ fidei ad hanc rem deputatos, vt verus valor fructuum percipi poſſit, & lite exorta, alio confugiendum non ſit, quam ad acta Curiæ, vbi deſcriptæ ſunt fructuum æſtimationes, aut recurratur ad communem & publicam Ciuitatis æſtimationem, vbi fructus venditi, Nach Anſchlag einer jeden Stadt ꝛc. & literæ Magiſtratus, ſub publico ſigillo, adferantur, fructuumq; æſtimatio, ſingulorum annorum, ex libro publico deſumatur, quibus fides accommodanda, optimè enim probatur æſtimatio, per librum publicũ, in quo inſcribuntur res, earumq, valores, ſeu pretia, *l. fin. C. de prædiis & omnib. reb. lib: 11. tit: 2. Bartholus, in l. pretia, ff. ad legem Falcidiam.*

Et hæc de fructibus.

Perſequamur & alias acceſſiones, & ſiquidem difficultas ſuboriatur de vſuris, aut intereſſe, rurſus adhibenda eſt diſtinctio inter contractum bonæ fidei, & ſtricti iuris.

Quamuis autem † dubium ſit, inter Doctores, an ſors 293

cum vſuris in eodem libello peti poſſit, *argum. l. fundi, 18. ff. de exception.*

Tamen eò decurſum eſt, vt exiſtimetur, petitionem non iniuſtam, & cumulationem admittendam; *Mynſing. cent. 1. obſ. 57. Codex Fabr. lib. 7. tit. 18. defin 22. Rulantus, de Commiſſ. lib. 5, de remed. contrac. qui re. &c. cap. 1. nu. 16.*

In Contractibus itaque bonæ fidei, vſuras venire ex mora, notiſſimum eſt, *l. mora, 32. §. 2. in bonæ, l. 17. cum quidam, §. ex locato, ff de vſuris &c. l. in bonæ, 13. Cod. eodem, l. 13 Iulianus, §. veniunt, 20. ff. & l. curabit, C. de action. empti, l. vſuræ, 2. C. depoſiti, l. initio, 5. C. de pactis inter emptorem &c.* cum ſimilib.

294 Idem iudicium † Interpretes ſtatuunt in Iudicijs ſimilibus bonæ fidei, *l. in Minorum, C. In quibus cauſis in integrum &c.* qualia ſunt legata, aut fideicommiſſa, *text. notabilis in l. generaliter, 24. §. 14. planè,* verſ. *nam etſi ex mora, ff. ex fideicommiſſ. libertat. l. cum ſeruus, 39. §. fructus, 1.* ibidem *Dd. ff. de legatis, 1. l. 1. §. belliſſimè, 13 ff. vt legator. nomine caueatur; l. in fideicommiſſ. 3. ff. de vſuris & c. l. ſi quis ſeruo &c. l. Titia, 87. §. vſuras, 1. l. 78. §. 2. etiam, ff. de legatis, 2. Paulus, lib. 3. ſent. cap. 8.*

Nec obſtare exiſtimant, quod alibi dicatur, à tempore litis conteſtatæ, fructus, aut vſuras deberi, *vt l. 91. quæſitum, §. vlt. ff de legatis, 1. l. 1. & vlt. C. de vſuris & fructib. legator &c.* quia

295 in illis legibus † non negari fructus non deberi, contracta mora, ante litis conteſtationem, vti conſtat ex *d. l. 3.* in fideicommiſſi verſ. *cæterum, ff. de vſuris, Hotomanus, lib. 1. de vſuris &c.* vbi refert, communi calculo Interpretum ita receptum eſſe, *Codex Fabrianus, lib. 6. tit. 24. defin. 1.* vbi illo tit. paſſim refert, quatenus vſuræ & fructus debeantur à die mortis teſtatoris.

296 De ſtrictis autem Iudiciis, † maior difficultas eſt.

Sunt enim, qui putant, citrà vinculum ſtipulationis, vſuras non deberi, etiam lite conteſtata, *authorit. l. tutor, 41. §. fin. ff. de vſuris &c. l. 1. C. de condict. indebiti, l. 4. quotiens, C. de condict. ob turpem cauſam, Codex Fabr. lib. 4. tit 24. defin. 33.*

Contrarium tentat *Coraſius lib. 2. miſcella: cap. 7. per l. lite, 35. ff. de vſuris &c.*

Deinde,

Deinde, cum vſuræ vicem fructuum obtineant, & merito à fructibus ſeparari non debeant, *l. 34. ff. eodem;* conſequens videtur, idem ius in vſuris ſtatuendum, lite conteſtata, cum poſt eam omnis cauſa præſtanda ſit, *l. 2. vulgo, l. 3. in fideicommiſſi, §. in his quoq́, l. 38. videamus, §. 7. ſi actionem, ff. de vſuris &c.*

Verum, ſententia *d. l. lite*, † eſt, litis conteſtatione curſum vſurarum non impediri, quaſi nouatione facta, *l. iudicio, 23. ff. de except. rei iudic. l. 90. cum ſtipulati, ff. de verb. oblig.* ſic etiam dicimus, currere vſucapionem. 297

Communis autem opinio probari videtur, *ex l. itemque, 10. §. 4. ſi quis Titio, ff. mandati, iuncta l. Titius. 24. verſ.* Titius conſulebat: *in verbis.* Reſpondit: pecuniæ quidem creditæ vſuras, niſi in ſtipulationem deductas, non deberi &c. *ff. de præſcriptis verbis.*

Quò pertinet *l. 10. ait Prætor, §. 22. præterea, ibi:* Dùm vſuræ non præſtentur, ſi in ſtipulatum deductæ non fuerunt, aut ſi talis contractus fuit, in quo vſuræ deberi potuerunt, etiam non deductæ &c. *ff. quæ in fraudem credito: &c.*

Nec referre videtur, quod *l. cum fundus, 31 ff. ſi cert petat. l. 2. vulgo, l. 3. in fidei commiſſi. §. in his, ff. de vſuris &c. l. illud, 40. ff. de petit. hæred. l. præterea, 20 ff. de rei vindic.* traditur, poſt iudicium acceptum, omnem cauſam reſtituendam eſſe, quia cauſam I. C. accipiunt pro eo, quod occaſione rei venit, vt ſunt fructus, & aliæ acceſſiones, vſuræ verò omninò extrà rem ſunt, *l. Iulianus, 17. §. 1. ff. de R. Vindic.*

Alij denique in ea ſunt opinione; *Proculianos* in ea ſententia fuiſſe, vt nec fructus nec vſuræ, à lite conteſtata debeantur, in ſtrictis iudicijs: *Sabinos* autem, ex æquitate contrarium iudicaſſe, *l. 38. videamus, §. 7. ſi actionem, ff. de vſuris &c.* 298

Porrò quamuis hæc differentia actionum † bonæ fidei, & ſtricti iuris, diligenter notanda; & formula conceptionis vtriusque iudicij conſideranda, quaue ratione, iudex conſtringebatur, intrà cancellos formulæ datæ &c. qua de re *Balduinus,* 299

ad §. *omnium*, & §. *in bonæ*, *Inſtit: de action: Duarenus, in tit: de in litem iuran: fol:* 218. verſ. *& in bonæ fidei &c.* eleganter *Briſſonius: de formul: Rom: Imp: lib:* 5. *fol: mihi*, 455. *Coraſius, lib:* 2. *Miſcellan: cap:*8. cuius formula hæc erat, ſi quid dare, facere oporteret, ex fide bona, *Cic. lib.*3. *Officior: Valerius Max: de priuatis iudiciis, lib:*8. *cap:*2. *in princ:* cuius rei veſtigia extant, *in l. quæro, in fine*, 54. *ff. locati*, *l. conſenſu* , 2. §. *vlt. l.* 5. *ſi quis abſentis* , *ff. de O. & A.* cum ſimilib.

Quamuis, *inquam*, huius rei inueſtigatio, ad veram cognitionem iuris plurimum conferre videatur, tamen cum hi veteres mores, & exoletæ formulæ Iudiciorum Romanorum, plus antiquitatis, quam vtilitatis, ex mente aliorum habeant, ideoque in ijs inueſtigandis nullum dignum longioris moræ pretium eſſe puto, neque vetera repeti iam obliterata placet, maximè, cum hodiè alia ſit forma iudiciorum, adeò, vt quidem exiſtiment, nullam actionem, nullum contractum eſſe ſtricti iuris, differentiamq; ſuprà dictam in deſuetudinem abijſſe, (*licet Codex Fabr: lib:* 4. *tit:* 24. *defin.* 27. *nu:* 4. dicat, hunc eſſe errorem pragmaticorum) ſed vbiq; ex æquo & bono diiudicandum, liberam eſſe iudicis poteſtatem, nec alligari cancellis formularum antiquarum.

Hinc etiam videre eſt ex *Authore præiudic: Cam:* in verbo *intereſſe, vſura, mutuum:* à tempore moræ commiſſæ, quinq; loco intereſſe in mutuo adiudicata fuiſſe, *Tom:* 2. *Symph: part:* 2: *voto*, 51. *circà finem*, *Rulanto, de Commiſſ: par:* 3. *lib:* 6. *de firmand. reſ: acqu: interrog: cap:* 6. *num:* 13. quod hodiè difficultate caret
300 in Terris Imperij, † etenim *Conuent: Spirenſi nouiſſ:* habita, *Anno* 1600. §. So viel nun dieſem nach 2c. *fol. mihi* 727. deciſum in contractibus mutui, à tempore moræ, loco intereſſe, quinq; adiudicari poſſe, vt partes oneri probationis eius, quod intereſt, ſubleuentur.

Qua conſtitutione reſoluitur & alia quæſtio inter Dd, agitata, an à tempore commiſſæ moræ lucrum ceſſans in iudicium deduci poſſit.

De

Digitized by Google

De qua *Fachineus, controuerſ: iuris, lib:* 11. *cap:* 15. quamuis de iure communi, aliud & intereſſe docendum, aut liquidandum ſit, tamen cum præſumptio ſit creditorem, mora non facta, quinq; per centum conſequi potuiſſe, commodius eſt, certam ſummam comprehēdiſſe, quam partes ad probationem eius, quod intereſt, magnis ſumptibus, & altercationibus conſtringi, cum plerumqne difficilis probatio ſit, quanti cuiusq; interſit, vt ait *I. C. Venuleius, in l. fin. ff. de Prætoriis ſtipulation:* quia in facto, non in iure conſiſtat, *l. vigeſima quarta. quatenus, ff. de R. I.* ideoque incertum, pendet enim ex coniecturis, vt aliàs ſit maius, aliàs minus, *l. prima. ff. de action: empti*, ſi tamen creditor maius ſuum intereſſe lucri ceſſantis, aut damni emergentis, in iudicium deducere velit, *iuxta l. ſi commiſſa,* 13. *ff. rem ratam haberi*, hoc ipſi denegandum non eſſe. *dict.* §: **So viel nun dieſem** 2c. de cuius probatione *vide Fachineum, d. lib:* 11. *cap:* 40.

Dixi, *à tempore moræ*, † *ſeu fruſtrationis, l. in fideicommiſſi,* §. *fin: ff. de vſuris &c. l.* 37. *ſi hominem, ff. mandati*, nam ſi quis vſuras aut intereſſe, ab initio contractus mutui in ſtipulationem deduceret, Creditor non audiretur, mora non commiſſa, quam interuenire oportet, dum conſtitutio Imperialis expreſſè, moræ mentionem faciat, quod iuri conſentaneum eſt, nam vſuræ, ex propoſito, quas lucratorias vocant, propter effectum mutuationis exactæ, omni iure prohibentur, *cap: quia in omnibus,* 3. *ext: de vſuris, cum ſimilib. Gail, lib:* 2. *obſ:* 5. *nu.* 5. Aliæ autem vſuræ, quæ propter moram infligūtur, explicandæ ſunt, *l.* 3. §. *fin: ff. de eo quod certo loco &c. l. final. ff. de periculo & commo: rei vend. l.* 17. *cum quidam,* §. *ſic pupillo, ff. de vſuris &c. cap. conqueſtus, octauo. capit: ſalubriter, decimo ſext. extr: de vſuris, Couarruuias, variar: reſolut: libr: tertio. capit: quarto. numer. primo.* 301

Quare ſi ab initio † contractus de vſuris explicandis, ſtipulatio interpoſita ſit, ea pro non adiecta habetur, nec ſortem vitiabit, 302

tiabit,

tiabit, *l. pecuniæ*, 9. *l. vſuras*, 20. *l. placuit*, 29. *ff. de vſuris &c. Gail. lib.* 2. *obſ.* 4. *cum ſeq. nu.* 16. *Rulantus, de Commiſſ. par.* 3. *lib.* 6. *de firmand. reſ. acqu. interrog. cap.* 6. *nu.* 8. vbi refert, ſtipulationem vſurarum reiectam, & ex mora adiudicatum fuiſſe, intereſſe in mutuo, *& nu.* 14.

303 Mora verò committi cenſetur,† ſi interpellatus opportuno loco, & tempore, non ſoluat, fruſtrationis cauſa, *l. mora*, 32. *ff. de vſuris*, *l.* 23. *ſi ex legati*, *l.* 49. *cum filius familias*, §. *fin. l. qui Romæ*, §. *cohæredes*, *&* §. *ſeia*, *ff. de verbor. oblig. l. Titia*, 87 §. *vſuras*, *ff. de legatis, ſecundo. l. ſi penum*, 24. *ff. quando dies legati &c. l. quod te*, 5. *ff. de rebus creditis.*

Hinc licet clauſula hæc (pecuniam ſoluendam eſſe ad primam inſtantiam creditoris, quam ex nunc faciat) in chirographis appoſita deprehendatur, non tamen ex ea debitor in mora conſtitutus cenſetur, ſed alia interpellatione opus eſt, ad inducendam moram, ita deciſum in Senatu Sabaudiæ refert *Codex Fabrianus, lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 27. quia interpellatione opus eſt, mora enim non fit ex re, vel in rem regulariter, ſed ex perſona, *d. l. mora*, 32. *l.* 23. §. 1. *aliquando*, *ff. de vſuris &c. id eſt*, ex perſonæ interpellatione.

Et quidem ſecundum receptam opinionem, vnica extraiudiciali interpellatione, opus eſt. *Menochius, de arbitr. iudic. lib.* 2. *centur.* 3. *caſu*, 220. licet *Coraſius lib.* 2. *Miſcellan. cap.* 6. & alij

304 geminam requirant,† *l. ſi conuenerit*, *ff. de pignor. actio: l. Æmilius*, *ff. de Minorib. l.* 59. *ſi mandato* §. *ille illi*, *ff. Mandati*, *l. qui Romæ*, §. *cohæredes*, *&* §. *ſeia*, *ff. de verb. oblig.* maximè verò *d. l. mora*, *ff. de vſuris*, vbi I. C. ait, ſi ipſi domino denunciatum ſit, non ſufficiat ad probationem moræ, ſi is poſtea ſui poteſtatem faciat, omiſſa autem ſit debiti repetendi inſtantia, paratum enim iudicium accipere, moram facere non videri, *l. paratum*, 47. *ff. de vſuris.*

Hæc tamen rectè conſiderata non vrgent, quod enim in recitatis legibus mentio fiat repetitæ interpellationis, eſt tantum narratio rei geſtæ.

Ad

Ad *l. moram*, quod attinet, † ſciendum eſt, I. C. ibidem de eo debitore agere, qui denunciatus, aut interpellatus, vt ſoluat, poſtea ſui conueniendi poteſtatem facit, *id eſt*, paratus eſt iudicium accipere, & contrà creditorem experiri, hoc enim inferunt illa verba, *cæterum poſtea cum is ſui poteſtatem faceret &c.* creditor noluit vltrà proſequi, & inſtare, ſanè mora facta per debitorem, protinus non intelligitur. 305

Dici autem poterit, vnicam interpellationem ſufficere, quę nihil aliud ſit, quam admonitio quædam, quæ fiat teſtato, *id eſt* præſentib. teſtibus, eius ſoluendi vel accipiendi, quod debetur, *l. qui Romæ*, 122. §. *coheredes*, *ff. de V. O.* ita tamen, vt non intermittatur, debiti repetendi inſtantia, *d. l. mora* 32. *iuncta l.* 33. *ſi benè*, *ff. de vſuris*, inſtantia quidem interponenda, ſed non repetenda interpellatio; Alij aliter ſoluunt, & inſtantiam pro lite accipiunt.

An verò & quatenus † mora facta intelligatur, apud Iudicem hæc quæſtio cum magis facti, quam iuris ſit, examinabitur, *l. ſeruus*, 34. §. 1. *Imperator*, verſ. *cuius officio continebitur, de mora conſiderare &c. ff. de ſtatuliberis*, neque conſtitutione vlla, neque iuris authorum quæſtione, decidi poterit, *d. l. mora*, 32. vbi I. C. ait, difficilem huius rei eſſe definitionem, quod intelligendum, non quod mora definiri non poſſit, ſed an commiſſa intelligatur, hoc certis regulis definiri, determinari, conſtringi non poteſt, propter circumſtantias temporum, locorum, perſonarum &c. non rectè igitur, quod paſſim de definitione in iure dicitur, dialectico more intelligendum, vt admonet *Giphanius, in Regulas Iuris, fol.* 3. *&* 15.] 306

Eſt enim I. C. definitio, earum rerum, quæ ſunt eius rei propriæ, quam definire volunt, breuis & circumſcripta quædam explicatio, non itaq; protinus interpoſita interpellatione, quis in mora conſtituitur, vti conſtat *ex l.* 21. 24. *ſi quis ſolutioni*, *l paratum* 47 *ff. de vſuris*, *l qui ſine*, 63. *ff. de R. I. l.* 88. *nulla*, *ff. eodem. l. nemo*, 82. § *ſi poſt*, *ff. de V. O.* & hoc eſt, quod dictum ſuprà, ſi interpellatus, fruſtrationis cauſa, non ſoluat &c.

307 Ex his, ita conſtitutis colligere eſt, † pertinere ad officium Iudicis appellationis à tempore moræ, in omni contractu indiſtinctè, in vſuras quem condemnare &c. nedum in præteriti temporis, & priori iudicio ceſſas, ſed etiam ſi fruſtratoriá morandi cauſa, appellationem interpoſitam animaduerterit, ſtatuere poſſe & debere, vt vſuræ medij temporis dependãtur, ſeu explicentur, in vſuras, *inquam*, medij temporis, quod interceſſerat à die appellationis fruſtratoriæ, & die ſententiæ, in cauſa appellationis dictæ, ideoque extracta cauſa principali, per appellationem, eaque iniuſta pronunciata pendente negotio appellationis, vſuræ ceſſæ peti poſſint, *l. tutor.* 41. *ff. de vſuris, l.* 24. *negotiorum ff. hoc tit: l. vlt: ff. de re iudic:*

308 Licet in contrarium † variæ cauſæ dubitandi adferri poſſint.

Primò enim indubitati iuris eſt, vſuras poſt ſententiam non currere, *l. in bona*, 13. *Cod. de vſuris, l.* 1. *&* *l. vlt: Cod. de vſuris rei indicatæ*, vndè conſequens videtur; reum, in ſortem & vſuras, medio tempore currentes, condemnari non poſſe, adeò, vt nec cautio interponi poſſit, vt ſi tardius ſententiæ condemnatus paruiſſet, futuri temporis vſuræ penderentur, *l.* 1. §. 2. *nec tamen, ff. de vſuris &c. Quid enim pertinet ad officium Iudicis, poſt condemnationem futuri temporis tractus?* vt ait I. C. *in d.* §. *nec tamen*, 2. ideoq; de futuri temporis vſuris poſt condemnationẽ, non pertinebit ad officium Iudicis, cum ſufficiant centeſimę; *d. l. vlt: C. de vſuris rei indicatæ.*

Secundo negotium faceſſere videtur *lex. ſecunda. Cod eodem titul:* qua cauetur, centeſimas vſuras inferendas eſſe, ſi vltrà quatuor menſes, ex die condemnationis, vel prouocatione interpoſita, à die confirmationis ſententiæ numerandos, pecuniam explicare diſtulerit, quare vſurarum medij temporis ratio non habenda erit, cum tempus & modus præſtationi vſurarum, interpoſita appellatione, præfinita ſint.

Denique, *ex l.* 49. *qui per colluſionem*, §. *vlt: ff. de action: empti, l.* 1. *Cod. de iudiciis, l.* 4. *Cod. depoſiti, l.* 13. *in bonæ, ff. de vſuris.*

tiris &c. conſtat, vſurarum omiſſarum in ſententia, extingui petitionem, quia eæ remitti videantur, *l. fin. ff. de eo, quod certo loco &c.*

Vndè, cum Iudex appellationis, de vſuris medij temporis, nihil dixerit, peti non poſſe videtur.

His tamen non tantum deferendum; *Scæuola* enim *in d. l. vlt: ff. de re iudic: & l. 24. negotiorum, ff. hoc tit:* dandam vtilem actionem refert, ex æquitate videlicet, quia appellationis negotium extractum ſit, & quaſi verbum, *in d. l. fin. (deductæ) ff. de re iudic:* de vſuris vtriusq; temporis intelligendum, hodiè autem, ad euitandas diſputationes, in conceptione ſententiæ, fit expreſsè mentio vſurarum, aut intereſſe, tam præteriti, quam medij temporis, ſeu totius, quod interceſſit, maximè extracta in longum appellatione.

Supereſt, vt, quo poſſim verborum compendio, complectar, quatenus expenſæ in condemnationem veniant.

Pro cuius rei cognitione ſciendum, † generale axioma conſtitui, victum agnoſcere debere ſumptus litis, *leg. properandum, 13. §. ſin autem &c.* vbi communiter *Dd. C. de iudiciis, cap. finem litibus, ext: de dolo & contumacia*, cum ſimilib. eosq; decernendos, etiam præſtito iuramento calumniæ, *Barthol: & communiter Dd. ad d. §. ſin autem &c. Couarruuias. pract: quæſt: cap: 27. poſt nu:* 1. niſi ratio litigandi fuerit, *l. qui ſolidum, 78. §. etiam, ff. de legatis 2. authent: poſt iuſiurand: in fine, C. de iudiciis, Nouell: 82 de iudicibus &c. cap. 10. oportet.* 309

Quod eo producitur, vt etiamſi ſtatuto caueatur, victum in expenſas condemnandum, iuſta tamen cauſa, quem liberet à periculo expenſarum, *Fachineus, illuſtr: controu: lib: 12. cap. 19. Gilken: in l. 13. §. ſin autem alterutra &c. numer: trigeſimo ſeptimo.* vbi, in huius opinionis confirmationem, rationes & authoritates adducit.

Quæ autem iuſta cauſa litigandi ſit, videatur *Menoch: lib: 2. de arbit: iudic: cent: 2. caſu, 177.*

Vt autem hæc materia expenſarum tantò euidentius

Digitized by Google

apparere poſſit, operæ pretium me facturum eſſe iudicaui, ſi
310 ſummmatim perſtringerem, an & quatenus † iudex teneatur quem in expenſas, & id genus, acceſſiones &c. non petitas, aut ſaltem poſſit condemnare.

311 Interpretes † *ad d. §. ſin autem, & l. edita, C. de edendo*, conſtituunt, intereſſe inter fructus, vſuras, & expenſas, quæ poſt iudicium ſuſceptum, factæ ſint, & illas acceſſiones, quæ antè litem conteſtatam deberi poſſent, vt primo caſu, Iudex ſi velit, poſſit condemnare victum, etiam non petitis huiuſmodi acceſſionibus, ſed non teneri; ideoque ad earum reſtitutionem non obligari, quia petitæ non ſint.

Secundo caſu, non poſſe, ratio eſt, quia hæ acceſſiones tantum petantur officio Iudicis, vt colligunt *Doctores, ex l. terminato, C. de fructib. ſeu litium expenſis*, quod non impartitur, niſi imploranti, *l. 68 ad peremptorium, ff. de iudiciis, l. 4. §. hoc iudicium, ff. de damno infecto*, vnde niſi petitæ ſint, tacitè remitti videantur, argum: *l. 1. C. de iudiciis, l. fin. ff. de eo quod certo loco &c.* poſt litem autem conteſtatã, ſi deberi incipiant, Iudicem partes ſuas accommodare poſſe, quia officium Iudicis nullo modò per ſe ſubſiſtit, ſed actioni intentatæ cohæret, & demum poſt acceptum iudicium, vim ſuam habet, *l. officium, 9. l. præterea, 20. ff. de R. V. Text. notab. in l. ædiles, 25. §. 8.* item Sciendum, *iuncta l. 31. quod ſi nolit, §. 13. ſed hoc dicemus, ff. de ædilitio edicto*: Quorum authoritate paſſim Dd. ſtatuunt, officium ſuum Iudicem impartiri poſſe, in ijs, quæ emergunt, poſt litem conteſtatam, ſiue vt loquitur I. C. *in d. §. 13. ſed hoc. Quæcunq; poſt litis conteſtationem contingunt, arbitrium iudicis deſiderant.*

Hinc victum, in fructibus etiam non petitis, perceptis tamen, poſt litem conteſtatam, & expenſis, à Iudice condemnari poſſe, *Aſinius in tract. de execut. §. 3. c. 178 Iaſon Zaſius, Gilken. in d. l. properandum, § ſin autem alterutra &c. nu. 59.* vbi plures recenſet, *& in l. edita, nu. 54. & 125. C. de edendo, & in l. 1. C. de iudiciis*, vbi in fine ait, hoc notandum eſſe, pro omnibus cauſidicis.

Rober-

Verum *Robertus*,† *lib. 2. ſentent. c.* 15. exiſtimat referre, inter fructus perceptos, ante litem conteſtatam, & perceptos, à tempore litis conteſtationis, vt illic iure actionis peti, & in actionem deduci poſſint, ſi id patiatur actionis natura, hic autem officio Iudicis petendi ſint, & ita exaudit *l. neq; eorum fructuum* 15. *ff. de vſuris &c.* quare ſi ſententia, fructuum condemnatio omiſſa ſit, fructus à tempore litis cõteſtatæ percepti, cum pronunciatione Iudicis officium finitum ſit, *l. Iudex, ff. de re iudic:* non amplius peti poterunt; non actione, quia ea non petantur, non officio Iudicis, cum amplius non ſubſiſtat, licet aliud probandum ſit in malæ fidei poſſeſſore, *l. 3. Cod. de condictione ex lege.* 312

In fulcimentum huius Opinionis adferri poteſt, aliud eſſe, quid deberi officio Iudicis, quod actioni cohæreat, aliud verò iure actionis, *l. fin.* vbi I. C. *& l. 8. centum, ff. de eo quod certo loco.* eleganter docent, quid differentiæ ſit, inter ea, quæ officio Iudicis præſtanda ſint, & quæ iure actionis.

Tertia ſententia eſt; † *Hartmanni Hartmanni*; *tit: 32. obſ. 2.* ſentientis, omnes fructus præcedentes, litis conteſtationem, poſſe peti cum re principali, poſt litis conteſtationem per officium Iudicis mercenarium, ſcilicet, deſeruiens actioni propoſitæ, *per d. l. ædiles, §. item ſciendum, ff. de ædilitio edicto*, & ita intelligit *l. non ſolum, l. Iulianus, §. 1. l. præterea, l. fructus, ff. de rei vindic.* quibus ſtatuitur, rem cum fructib. eſſe reſtituendam, nam & fructus venire in actionem, quæ pro re principali intentetur, *l. in re furtiua, § fin. ff. de condictione furtiua, l. videamus, ff. de vſuris, l. 1. §. 40. ex die, ff. de vi, & vi armata, l. 5. cum propria, C. ſi quis alteri &c. l. 4. ſi de, C. vndè vi, l. 2. C. de fructibus, & litium expenſis*, & hanc eſſe ſententiam §. *etſi in rem, inſtitut: de officio Iudicis*, negandum tamen non eſſe, quin principaliter peti poſſint, *l. malæ; C. de condictione ex lege.* 313

Quarta opinio diſtinguit inter fructus, † vſuras, & expenſas, vt fructus non debeantur officio Iudicis, ſed iure actionis, ideoque etiam eorum petitione omiſſa, eos tamen adhuc peti 314

poſſe, poſt latam ſententiam, quia fructus vi legis, & non ex officio debeantur, idq; iure veteri obſeruatum, quo vt plurimum ſola res petebatur, neq; fructuum mentio fiebat, ſed poſſeſſor de proprietate victus, conueniebatur de fructibus *l. 7. qui ſe debere, §. vlt. ff. de condictione cauſa data &c.*

Et hanc eſſe ſententiam *d. l. 3. C. de condictione ex lege*, idque probare, *l. Iulianus*, 17. §. 1. verſ. *quod ſi dolo, ff. de R. V.* vbi malæ fidei poſſeſſor deſijt fundum poſſidere, nihilominus tamen de fructibus tenetur, & damnatur vsq; ad tempus rei iudicatæ, & apertius conſtare videtur *ex l. 35.* & ex diuerſo, §. *primo. vbi autem, ff. eod. titul:* aliud autem eſſe in vſuris, *l. 49. qui per colluſionem, §. primo. ff. de actionibus empti, l. quarta. Cod. depoſiti, & ſumptibus litis, l. terminato, C. de fructibus, & litium expenſis.*

315 Denique ſunt,† qui differentiam conſtituunt inter petitionem hæreditatis, & rei vindicationem, vt fructus in petitione hæreditatis eadem actione petantur, qua hæreditas, cum fructus augeant hæreditatem, *l. item veniunt, §. fructus l. 40. illud, §. 1. prædo ff. de petit: hæredit: l. 2 ſi poſt*, verſ. *fructibus, C. eodem.* In rei vindicatione autem, fructus perceptos, poſt litem conteſtatã, non venire iure eiuſdem actionis, ſed officio Iudicis, antè autem percepti, propria actione peti debeantur, *Balduinus, Mynſ. Giphan: in §. etſi hæreditas, Inſtit: de offic: Iudic:*

Expenſas autem quod attinet, alij exiſtimant, expenſas factas, ante litem conteſtatam, quales ſunt in præparatorijs, ad litem inſtituendam, iure actionis peti, poſt litem conteſtatam autem, officio Iudicis, *arg d l. ædiles, §. item ſciendum, ff. de ædilitio edicto.* nam expenſę ſequela quędam ſint actionis principalis, ducunt enim originem ex lite, ideòq; finiuntur ipſa lite, ſopita aut mortua, quare ſententia non lata ſuper his, vlterius in petitionem deduci non poſſe, *d. l. terminato*, ibidem Dd. aliud eſſe, vt ſæpius dictum, in acceſſionibus, quæ veniunt iure actionis. *gl. in l. 3 § ſi rem*, verſ. *fortaſſis ff de legatis 3. Dd. ad l. Sancimus, C. de iudiciis, Codex Fabr. lib: 7. tit: 18. defin: 30. 67. 82.*

Huc-

Digitized by Google

Huc vsq; occupati fuimus in recitatione opinionum, quatenus fructus,& id genus acceſſiones in condemnationem venire poſſint, quid autem in tanta varietate ſequendum, non facilè erit conſtituiſſe.

Exiſtimarem tamen,† opinionem non improbandam exiſtimantium,ſi huiusmodi acceſſiones perceptæ,antè acceptũ iudiciũ, à Iudice non petantur, partem de ſe queri debere, lite aũt conteſtata,poſſe Iudicem victum ad eaſdem condemnare. 316

Pro confirmatione adduci poteſt *l.10 partum,ff.de vſuris &c.* Partum *inquit* I. C. poſt litem conteſtatam, editum, reſtituere poſſeſſor debet,quem non deberet reſtituere,ſi,cum mater peteretur iam natus fuiſſet:niſi ſpecialiter,& pro hoc egiſſet. *&* §. *4. item ad exhibendum, Inſtit: de officio Iudicis,* verſ: *præterea,* vbi dicitur,fructuum medij temporis, *id eſt* eius, quod poſt acceptum,ad exhibendum iudicium,antè rem iudicatam interceſſerit,rationem habendam eſſe, quia accepto demum iudicio, Iudicis officium vires habeat, *l. 25. ædiles*, §. 8. *item ſciendum, l. 31. quod ſi nolit*, §. 12. *ſed hoc dicemus, ff. de ædilitio edicto*; Hinc paſſim videmus, præcipuè vim conſtitui, in litis conteſtatione, *l. ſi poſt*, 18 *l. præterea*, 20. *ff. de R. V. l. 9. Iulianus*, §. 5. *quantum, cum ſeq. ff. ad exhibendum.*

Vndè, cum ſtylo †& conſuetudine inſequentis ætatis receptum ſit,rem vnà cum fructibus,intereſſe & expenſis peti poſſe,vt ſuprà dictum eſt, *nu: 293.* poterit Iudex ex officio,fructus non petitos adiudicare,(de qua re variè diſputatum,maximè ſi ſententia omiſſi petantur in executione, vt refert *Rulantus, de Commiſſar: part: tertia: libr: ſeptimo: de firmand: reſ: acqu: remed: cap: 11. num: 7. cum ſeq.) Rulantus, de Commiſſ: par:3. lib:6. de firmand:reſ:acqu:interrog: cap:7.nu:2.* vbi ita in quadam cauſa conſideratum refert,quod maximè procedit,adiecta clauſula ſalutari, peto mihi ius & iuſtitiam adminiſtrari &c. cuius virtute ſolet etiam ſuper non petitis etiam expreſsè,pronunciari; *Mynſing: cent: 2. obſ: 22. cent: 4. obſ: 55.* vbi refert, ita *in Camera Imp: receptum eſſe, Gail, lib: 1. obſer: 61. numer: 11. in fine, & obſer: 151.* 317

num:

cum vſuris in eodem libello peti poſſit, *argum. l. fundi, 18. ff. de exception.*

Tamen eò decurſum eſt, vt exiſtimetur, petitionem non iniuſtam, & cumulationem admittendam; *Mynſing. cent. 1. obſ. 57. Codex Fabr. lib. 7. tit. 18. defin 22. Rulantus, de Commiſſ. lib. 5, de remed. contrac. qui re. &c. cap. 1. nu. 16.*

In Contractibus itaque bonæ fidei, vſuras venire ex mora, notiſſimum eſt, *l. mora, 32. §. 2. in bonæ, l. 17. cum quidam, §. ex locato, ff de vſuris &c. l. in bonæ, 13. Cod. eodem, l. 13 Iulianus, §. veniunt, 20. ff. & l. curabit, C. de action. empti, l. vſuræ, 2. C. depoſiti, l. initio, 5. C. de pactis inter emptorem &c.* cum ſimilib.

294. Idem iudicium † Interpretes ſtatuunt in Iudicijs ſimilibus bonæ fidei, *l. in Minorum, C. In quibus cauſis in integrum &c.* qualia ſunt legata, aut fideicommiſſa, *text. notabilis in l. generaliter, 24. §. 14. planè,* verſ. *nam etſi ex mora, ff. ex fideicommiſſ. libertat. l. cum ſeruus, 39. §. fructus, 1.* ibidem *Dd. ff. de legatis, 1. l. 1. §. belliſſimè, 13 ff. vt legator. nomine caueatur; l. in fideicommiſſ. 3. ff. de vſuris & c. l. ſi quis ſeruo &c. l. Titia, 87. §. vſuras, 1. l. 78. §. 2. etiam, ff. de legatis, 2. Paulus, lib. 3. ſent. cap. 8.*

Nec obſtare exiſtimant, quod alibi dicatur, à tempore litis conteſtatæ, fructus, aut vſuras deberi, *vt l. 91. quæſitum, §. vlt. ff de legatis, 1. l. 1. & vlt. C. de vſuris & fructib. legator &c.* quia

295. in illis legibus † non negari fructus non deberi, contracta mora, ante litis conteſtationem, vti conſtat ex *d. l. 3.* in fideicommiſſi verſ. *cæterum, ff. de vſuris, Hotomanus, lib. 1. de vſuris &c.* vbi refert, communi calculo Interpretum ita receptum eſſe, *Codex Fabrianus, lib. 6. tit. 24. defin.* 1. vbi illo tit. paſſim refert, quatenus vſuræ & fructus debeantur à die mortis teſtatoris.

296. De ſtrictis autem Iudiciis, † maior difficultas eſt.

Sunt enim, qui putant, citra vinculum ſtipulationis, vſuras non deberi, etiam lite conteſtata, *authorit. l. tutor, 41. §. fin. ff. de vſuris &c. l. 1. C. de condict. indebiti, l. 4. quotiens, C. de condict. ob turpem cauſam, Codex Fabr. lib. 4. tit 24. defin. 33.*

Contrarium tentat *Coraſius lib. 2. miſcella: cap. 7. per l. lite, 35. ff. de vſuris &c.* Deinde,

Deinde, cum vſuræ vicem fructuum obtineant, & merito à fructibus ſeparari non debeant, *l. 34. ff. eodem,* conſequens videtur, idem ius in vſuris ſtatuendum, lite conteſtata, cum poſt eam omnis cauſa præſtanda ſit, *l. 2. vulgo, l. 3. in fideicommiſſi, §. in his quoq́, l. 38. videamus, §. 7. ſi actionem, ff. de vſuris &c.*

Verum, ſententiâ *d. l. lite,* † eſt, litis conteſtatione curſum vſurarum non impediri, quaſi nouatione facta, *l. iudicio, 23. ff. de except. rei iudic. l. 90. cum ſtipulati, ff. de verb. oblig.* ſic etiam dicimus, currere vſucapionem. 297

Communis autem opinio probari videtur, ex *l. itemque, 10. §. 4. ſi quis Titio, ff. mandati, iuncta l. Titius. 24. verſ.* Titius conſulebat: *in verbis.* Reſpondit: pecuniæ quidem creditæ vſuras, niſi in ſtipulationem deductas, non deberi &c. *ff. de præſcriptis verbis.*

Quò pertinet *l. 10. ait Prætor, §. 22. præterea, ibi:* Dum vſuræ non præſtentur, ſi in ſtipulatum deductę non fuerunt, aut ſi talis contractus fuit, in quo vſuræ deberi potuerunt, etiam non deductæ &c. *ff. quæ in fraudem credito: &c.*

Nec referre videtur, quod *l. cum fundus, 31 ff. ſi cert petat. l. 2. vulgo, l. 3. in fidei commiſſi. §. in his, ff. de vſuris &c. l. illud, 40. ff. de petit. hæred. l. præterea, 20 ff. de rei vindic.* traditur, poſt iudicium acceptum, omnem cauſam reſtituendam eſſe, quia cauſam I. C. accipiunt pro eo, quod occaſione rei venit, vt ſunt fructus, & aliæ acceſſiones, vſuræ verò omninò extrà rem ſunt, *l. Iulianus, 17. §. 1. ff. de R. Vindic.*

Alij denique in ea ſunt opinione; *Proculianos* in ea ſententia fuiſſe, vt nec fructus nec vſuræ, à lite conteſtata debeantur, in ſtrictis iudicijs: *Sabinos* autem, ex æquitate contrarium iudicaſſe, *l. 38. videamus, §. 7. ſi actionem, ff. de vſuris &c.* 298

Porrò quamuis hæc differentia actionum † bonæ fidei, & ſtricti iuris, diligenter notanda; & formula conceptionis vtriusque iudicij conſideranda, quaue ratione, iudex conſtringebatur, intrà cancellos formulæ datæ &c. qua de re *Balduinus,* 299

ad §. omnium, & §. in bonæ, Inſtit: de action: Duarenus, in tit: de in litem iuran: fol: 218. verſ. *& in bonæ fidei &c.* eleganter *Briſſonius: de formul: Rom: Imp: lib: 5. fol: mihi,* 455. *Coraſius, lib: 2. Miſcellan: cap:*8. cuius formula hæc erat, ſi quid dare, facere oporteret, ex fide bona, *Cic. lib.3. Officior: Valerius Max: de priuatis iudiciis, lib:8. cap:2. in princ:* cuius rei veſtigia extant, *in l. quæro, in fine, 54. ff. locati, l. conſenſu, 2. §. vlt. l. 5. ſi quis abſentis, ff. de O. & A.* cum ſimilib.

Quamuis, *inquam*, huius rei inueſtigatio, ad veram cognitionem iuris plurimum conferre videatur, tamen cum hi veteres mores, & exoletæ formulæ Iudiciorum Romanorum, plus antiquitatis, quam vtilitatis, ex mente aliorum habeant, ideoque in ijs inueſtigandis nullum dignum longioris moræ pretium eſſe puto, neque vetera repeti iam obliterata placet, maximè, cum hodiè alia ſit forma iudiciorum, adeò, vt quidem exiſtiment, nullam actionem, nullum contractum eſſe ſtricti iuris, differentiamq; ſuprà dictam in deſuetudinem abijſſe, (*licet Codex Fabr: lib: 4. tit: 24. deſin. 27. nu: 4.* dicat, hunc eſſe errorem pragmaticorum) ſed vbiq; ex æquo & bono diiudicandum, liberam eſſe iudicis poteſtatem, nec alligari cancellis formularum antiquarum.

Hinc etiam videre eſt ex *Authore præiudic: Cam:* in verbo *intereſſe, vſura, mutuum:* à tempore moræ commiſſæ, quinq; loco intereſſe in mutuo adiudicata fuiſſe, *Tom: 2. Symph: part: 2: voto, 51. circà finem, Rulanto, de Commiſſ: par: 3. lib: 6. de firmand. reſ: acqu: interrog: cap: 6. num: 13.* quod hodiè difficultate caret
300 in Terris Imperij, † etenim *Conuent: Spirenſi nouiſſ:* habita, *Anno* 1600. §. So viel nun dieſem nach ꝛc. *fol. mihi 727.* deciſum in contractibus mutui, à tempore moræ, loco intereſſe, quinq; adiudicari poſſe, vt partes oneri probationis eius, quod intereſt, ſubleuentur.

Qua conſtitutione reſoluitur & alia quæſtio inter Dd, agitata, an à tempore commiſſæ moræ lucrum ceſſans in iudicium deduci poſſit.

De

De qua *Fachineus, controuerſ: iuris, lib:* 11. *cap:* 15. quamuis de iure communi, aliud & intereſſe docendum, aut liquidandum ſit, tamen cum præſumptio ſit creditorem, mora non facta, quinq; per centum conſequi potuiſſe, commodius eſt, certam ſummam comprehẽdiſſe, quam partes ad probationem eius, quod intereſt, magnis ſumptibus, & altercationibus conſtringi, cum plerumque difficilis probatio ſit, quanti cuiusq; interſit, vt ait *I. C. Venuleius, in l. fin. ff. de Prætoriis ſtipulation:* quia in facto, non in iure conſiſtat, *l. vigeſima quarta. quatenus, ff. de R. I.* ideoque incertum, pendet enim ex coniecturis, vt aliàs ſit maius, aliàs minus, *l. prima. ff. de action: empti*, ſi tamen creditor maius ſuum intereſſe lucri ceſſantis, aut damni emergentis, in iudicium deducere velit, *iuxta l. ſi commiſſa*, 13. *ff. rem ratam haberi*, hoc ipſi denegandum non eſſe. *dict.* §: So viel nun dieſem ꝛc. de cuius probatione *vide Fachineum, d. lib:* 11. *cap:* 40.

Dixi, *à tempore moræ*, † *ſeu fruſtrationis, l. in fideicommiſſi*, §. *fin: ff. de vſuris &c. l. 37. ſi hominem, ff. mandati*, nam ſi quis vſuras aut intereſſe, ab initio contractus mutui in ſtipulationem deduceret, Creditor non audiretur, mora non commiſſa, quam interuenire oportet, dum conſtitutio Imperialis expreſſe, moræ mentionem faciat, quod iuri conſentaneum eſt, nam vſuræ, ex propoſito, quas lucratorias vocant, propter effectum mutuationis exactæ, omni iure prohibentur, *cap: quia in omnibus, 3. ext: de vſuris, cum ſimilib. Gail, lib: 2. obſ: 5. nu. 5.* Aliæ autem vſuræ, quæ propter moram infligũtur, explicandæ ſunt, *l. 3. §. fin: ff. de eo quod certo loco &c. l. final. ff. de periculo & commo: rei vend. l. 17. cum quidam, §. ſic pupillo, ff. de vſuris &c. cap. conqueſtus, octauo. capit: ſalubriter, decimo ſext. extr: de vſuris, Couarruuias, variar: reſolut: libr: tertio. capit: quarto. numer. primo.* 301

Quare ſi ab initio † contractus de vſuris explicandis, ſtipulatio interpoſita ſit, ea pro non adiecta habetur, nec ſortem vitiabit, 302

tiabit, *l. pecuniæ, 9. l. vſuras, 20. l. placuit, 29. ff. de vſuris &c. Gail. lib. 2. obſ. 4. cum ſeq. nu. 16. Rulantus, de Commiſſ. par. 3. lib. 6. de firmand. reſ. acqu. interrog. cap. 6. nu.* 8. vbi refert, ſtipulationem vſurarum reiectam, & ex mora adiudicatum fuiſſe, intereſſe in mutuo, *& nu.* 14.

303 Mora verò committi cenſetur,† ſi interpellatus opportuno loco, & tempore, non ſoluat, fruſtrationis cauſa, *l. mora, 32. ff. de vſuris, l. 23. ſi ex legati, l. 49. cum filius familias, §. fin. l. qui Romæ, §. cohæredes, & §. ſeia, ff. de verbor. oblig. l. Titia, 87. §. vſuras, ff. de legatis, ſecundo. l. ſi penum, 24. ff. quando dies legati &c. l. quod te, 5. ff. de rebus creditis.*

Hinc licet clauſula hæc (pecuniam ſoluendam eſſe ad primam inſtantiam creditoris, quam ex nunc faciat) in chirographis appoſita deprehendatur; non tamen ex ea debitor in mora conſtitutus cenſetur, ſed alia interpellatione opus eſt, ad inducendam moram, ita deciſum in Senatu Sabaudiæ refert *Codex Fabrianus, lib. 4. tit. 24. defin. 27.* quia interpellatione opus eſt, mora enim non fit ex re, vel in rem regulariter, ſed ex perſona, *d. l. mora, 32. l. 23. §. 1. aliquando, ff. de vſuris &c. id eſt, ex* perſonæ interpellatione.

Et quidem ſecundum receptam opinionem, vnica extraiudiciali interpellatione, opus eſt. *Menochius, de arbitr. iudic. lib. 2. centur. 3. caſu, 220.* licet *Coraſius lib. 2. Miſcellan. cap. 6.* & alij

304 geminam requirant,† *l. ſi conuenerit, ff. de pignor. actio. l. Æmilius, ff. de Minorib. l. 59. ſi mandato §. ille illi, ff. Mandati, l. qui Romæ, §. cohæredes, & §. ſeia, ff. de verb. oblig.* maximè verò *d. l. mora, ff. de vſuris,* vbi I. C. ait, ſi ipſi domino denunciatum ſit, non ſufficiat ad probationem moræ, ſi is poſtea ſui poteſtatem faciat, omiſſa autem ſit debiti repetendi inſtantia, paratum enim iudicium accipere, moram facere non videri, *l. paratum, 47. ff. de vſuris.*

Hæc tamen rectè conſiderata non vrgent, quod enim in recitatis legibus mentio fiat repetitę interpellationis, eſt tantum narratio rei geſtæ.

Ad

Ad *l. moram*, quod attinet, † ſciendum eſt, I. C. ibidem 305
de eo debitore agere, qui denunciatus, aut interpellatus, vt ſoluat, poſtea ſui conueniendi poteſtatem facit, *id eſt*, paratus eſt iudicium accipere, & contrà creditorem experiri, hoc enim inferunt illa verba, *cæterum poſtea cum is ſui poteſtatem faceret &c.* creditor noluit vltrà proſequi, & inſtare, ſanè mora facta per debitorem, protinus non intelligitur.

Dici autem poterit, vnicam interpellationem ſufficere, quę nihil aliud ſit, quam admonitio quædam, quæ fiat teſtato, *id eſt* præſentib. teſtibus, eius ſoluendi vel accipiendi, quod debetur, *l. qui Romæ*, 122. §. *coheredes, ff. de V. O.* ita tamen, vt non intermittatur, debiti repetendi inſtantia, *d. l. mora* 32. *iuncta l.* 33. *ſi benè, ff. de vſuris*, inſtantia quidem interponenda, ſed non repetenda interpellatio; Alij aliter ſoluunt, & inſtantiam pro lite accipiunt.

An verò & quatenus † mora facta intelligatur, apud Iudi- 306
cem hæc quæſtio cum magis facti, quam iuris ſit, examinabitur, *l. ſeruus*, 34. §. 1. *Imperator*, verſ. *cuius officio continebitur, de mora conſiderare &c. ff. de ſtatuliberis*, neque conſtitutione vlla, neque iuris authorum quæſtione, decidi poterit, *d. l. mora*, 32. vbi I. C. ait, difficilem huius rei eſſe definitionem, quod intelligendum, non quod mora definiri non poſſit, ſed an commiſſa intelligatur, hoc certis regulis definiri, determinari, conſtringi non poteſt, propter circumſtantias temporum, locorum, perſonarum &c. non rectè igitur, quod paſſim de definitione in iure dicitur, dialectico more intelligendum, vt admonet *Giphanius, in Regulas Iuris, fol.* 3. *&* 15.]

Eſt enim I. C. definitio, earum rerum, quæ ſunt eius rei propriæ, quam definire volunt, breuis & circumſcripta quædam explicatio, non itaq; protinus interpoſita interpellatione, quis in mora conſtituitur, vti conſtat *ex l.* 21. 24. *ſi quis ſolutioni, l paratum* 47 *ff. de vſuris, l qui ſine*, 63, *ff. de R. I. l.* 88. *nulla, ff. eodem. l. nemo*, 82. § *ſi poſt, ff. de V. O.* & hoc eſt, quod dictum ſuprà, ſi interpellatus, fruſtrationis cauſa, non ſoluat &c.

Digitized by Google

307 Ex his, ita conſtitutis colligere eſt, † pertinere ad officium Iudicis appellationis à tempore moræ, in omni contractu indiſtinctè, in vſuras quem condemnare &c. nedum in præteriti temporis, & priori iudicio ceſſas, ſed etiam ſi fruſtratotiã morandi cauſa, appellationem interpoſitam animaduerterit, ſtatuere poſſe & debere, vt vſuræ medij temporis dependãtur, ſeu explicentur, in vſuras, *inquam*, medij temporis, quod interceſſerat à die appellationis fruſtratoriæ, & die ſententiæ, in cauſa appellationis dictæ, ideoque extracta cauſa principali, per appellationem, eaque iniuſta pronunciata pendente negotio appellationis, vſuræ ceſſæ peti poſſint, *l. tutor.* 41. *ff. de vſuris, l.* 24. *negotiorum ff. hoc tit: l. vlt: ff. de re iudic:*

308 Licet in contrarium † variæ cauſæ dubitandi adferri poſſint. Primò enim indubitati iuris eſt, vſuras poſt ſententiam non currere, *l. in bonæ*, 13. *Cod. de vſuris, l.* 1. *& l. vlt: Cod. de vſuris rei iudicatæ*, vndè conſequens videtur; reum, in ſortem & vſuras, medio tempore currentes, condemnari non poſſe, adeò, vt nec cautio interponi poſſit, vt ſi tardius ſententiæ condemnatus paruiſſet, futuri temporis vſuræ penderentur, *l.* 1. §. 2. *nec tamen, ff. de vſuris &c. Quid enim pertinet ad officium Iudicis, poſt condemnationem futuri temporis tractus?* vt ait I. C. *in d.* §. *nec tamen*, 2. ideoq; de futuri temporis vſuris poſt condemnationẽ, non pertinebit ad officium Iudicis, cum ſufficiant centeſimæ; *d. l. vlt: C. de vſuris rei indicatæ.*

Secundo negotium faceſſere videtur *lex. ſecunda. Cod eodem titul:* qua cauetur, centeſimas vſuras inferendas eſſe, ſi vltrà quatuor menſes, ex die condemnationis, vel prouocatione interpoſita, à die confirmationis ſententiæ numerandos, pecuniam explicare diſtulerit, quare vſurarum medij temporis ratio non habenda erit, cum tempus & modus præſtationi vſurarum, interpoſita appellatione, præfinita ſint.

Denique, ex *l.* 49. *qui per colluſionem*, §. *vlt: ff. de action: empti, l.* 1. *Cod. de iudiciis, l.* 4. *Cod. depoſiti, l.* 13. *in bonæ, ff. de vſuris.*

Digitized by Google

ris &c. conſtat, vſurarum omiſſarum in ſententia, extingui petitionem, quia eæ remitti videantur, *l. fin. ff. de eo, quod certo loco &c.*

Vndè, cum Iudex appellationis, de vſuris medij temporis, nihil dixerit, peti non poſſe videtur.

His tamen non tantum deferendum; *Scæuola* enim *in d. l. vlt: ff. de re iudic: & l. 24. negotiorum, ff. hoc tit:* dandam vtilem actionem refert, ex æquitate videlicet, quia appellationis negotium extractum ſit, & quaſi verbum, *in d. l. fin. (deductæ) ff. de re iudic:* de vſuris vtriusq; temporis intelligendum, hodiè autem, ad euitandas diſputationes, in conceptione ſententiæ, fit expreſsè mentio vſurarum, aut intereſſe, tam præteriti, quam medij temporis, ſeu totius, quod interceſſit, maximè extracta in longum appellatione.

Supereſt, vt, quo poſſim verborum compendio, complectar, quatenus expenſæ in condemnationem veniant.

Pro cuius rei cognitione ſciendum, † generale axioma conſtitui, victum agnoſcere debere ſumptus litis, *leg. properandum, 13. §. ſin autem &c.* vbi communiter *Dd. C. de iudiciis, cap. finem litibus, ext: de dolo & contumacia*, cum ſimilib. eosq; decernendos, etiam præſtito iuramento calumniæ, *Barthol: & communiter Dd. ad d. §. ſin autem &c. Couarruuias pract: quæſt: cap: 27. poſt nu:* 1. niſi ratio litigandi fuerit, *l. qui ſolidum, 78. §. etiam, ff. de legatis 2. authent: poſt iuſiurand: in fine, C. de iudiciis, Nouell: 82 de iudicibus &c. cap. 10. oportet.* 309

Quod eo producitur, vt etiamſi ſtatuto caueatur, victum in expenſas condemnandum, iuſta tamen cauſa, quem liberet à periculo expenſarum, *Fachineus, illuſtr: controu: lib: 12. cap. 19. Gilken: in l. 13. §. ſin autem alterutra &c. numer: trigeſimo ſeptimo.* vbi, in huius opinionis confirmationem, rationes & authoritates adducit.

Quæ autem iuſta cauſa litigandi ſit, videatur *Menoch: lib: 2. de arbit: iudic: cent: 2. caſu, 177.*

Vt autem hæc materia expenſarum tantò euidentius

apparere poſſit, operæ pretium me facturum eſſe iudicaui, ſi
310 ſummmatim perſtringerem, an & quatenus † iudex teneatur quem in expenſas, & id genus, acceſſiones &c. non petitas, aut ſaltem poſſit condemnare.

311 Interpretes † *ad d. §. ſin autem, & l. edita, C. de edendo*, conſtituunt, intereſſe inter fructus, vſuras, & expenſas, quæ poſt iudicium ſuſceptum, factæ ſint, & illas acceſſiones, quæ antè litem conteſtatam deberi poſſent, vt primo caſu, Iudex ſi velit, poſſit condemnare victum, etiam non petitis huiuſmodi acceſſionibus, ſed non teneri; ideoque ad earum reſtitutionem non obligari, quia petitæ non ſint.

Secundo caſu, non poſſe, ratio eſt, quia hæ acceſſiones tantum petantur officio Iudicis, vt colligunt *Doctores, ex l. terminato, C. de fructib. ſeu litium expenſis*, quod non impartitur, niſi imploranti, *l. 68 ad peremptorium. ff. de iudiciis, l. 4. §. hoc iudicium, ff. de damno infecto*, vnde niſi petitæ ſint, tacitè remitti videantur, argum: *l. 1. C. de iudiciis, l. fin. ff. de eo quod certo loco &c.* poſt litem autem conteſtatã; ſi deberi incipiant, Iudicem partes ſuas accommodare poſſe; quia officium Iudicis nullo modò per ſe ſubſiſtit, ſed actioni intentatæ cohæret, & demum poſt acceptum iudicium, vim ſuam habet, *l. officium, 9. l. præterea, 20. ff. de R. V. Text. notab. in l. ædiles, 35. §. 8.* item Sciendum, *iuncta l. 31. quod ſi nolit, §. 13. ſed hoc dicemus. ff. de ædilitio edicto*: Quorum authoritate paſſim Dd. ſtatuunt, officium ſuum Iudicem impartiri poſſe, in ijs, quæ emergunt, poſt litem conteſtatam, ſiue vt loquitur I. C. *in d. §. 13. ſed hoc. Quæcunq; poſt litis conteſtationem contingunt, arbitrium iudicis deſiderant.*

Hinc victum, in fructibus etiam non petitis, perceptis tamen, poſt litem conteſtatam, & expenſis, à Iudice condemnari poſſe; *Aſinius in tract. de execut. §. 3. c. 178 Iaſon Zaſius, Gilken. in d. l. properandum, § ſin autem alterutra &c. nu. 59.* vbi plures recenſet, *& in l. edita nu. 54. & 125. C. de edendo, & in l. 1. C. de iudiciis*; vbi in fine ait, hoc notandum eſſe, pro omnibus cauſidicis.

Rober-

Verum *Robertus*,† *lib. 2. ſentent. c.* 15. exiſtimat referre, inter 312.
fructus perceptos, ante litem conteſtatam, & perceptos, à tempore litis conteſtationis, vt illic iure actionis peti, & in actionem deduci poſſint, ſi id patiatur actionis natura, hic autem officio Iudicis petendi ſint; & ita exaudit *l. neq. eorum fructuum* 15. *ff. de vſuris &c.* quare ſi ſententia, fructuum condemnatio omiſſa ſit, fructus à tempore litis cōteſtatæ percepti, cum pronunciatione Iudicis officium finitum ſit, *l. Iudex, ff. de re iudic:* non amplius peti poterunt; non actione, quia ea non petantur, non officio Iudicis, cum amplius non ſubſiſtat, licet aliud probandum ſit in malæ fidei poſſeſſore, *l. 3. Cod. de condictione ex lege.*

In fulcimentum huius Opinionis adferri poteſt, aliud eſſe, quid deberi officio Iudicis, quod actioni cohæreat, aliud verò iure actionis, *l. fin.* vbi I. C. *& l. 8. centum, ff. de eo quod certo loco.* eleganter docent, quid differentię ſit, inter ea, quę officio Iudicis præſtanda ſint, & quæ iure actionis.

Tertia ſententia eſt, † *Hartmanni Hartmanni*; *tit: 32. obſ. 2.* 313
ſentientis, omnes fructus præcedentes, litis conteſtationem, poſſe peti cum re principali; poſt litis conteſtationem per officium Iudicis mercenarium, ſcilicet, deſeruiens actioni propoſitæ, *per d. l. ædiles, §. item ſciendum, ff. de ædilitio edicto*, & ita intelligit *l. non ſolum, l. Iulianus, §. 1. l. præterea, l. fructus, ff. de rei vindic.* quibus ſtatuitur, rem cum fructib. eſſe reſtituendam, nam & fructus venire in actionem, quæ pro re principali intentetur, *l. in re furtiua, § fin. ff. de condictione furtiua, l. videamus, ff. de vſuris, l. 1. §. 40. ex die, ff. de vi, & vi armata, l. 5. cum propria, C. ſi quis alteri &c. l. 4. ſi de, C. vndè vi, l. 2. C. de fructibus, & litium expenſis*, & hanc eſſe ſententiam §. *etſi in rem, inſtitut: de officio Iudicis*, negandum tamen non eſſe, quin principaliter peti poſſint, *l. malæ; C. de condictione ex lege.*

Quarta opinio diſtinguit inter fructus, † vſuras, & expenſas, 314
vt fructus non debeantur officio Iudicis, ſed iure actionis, ideoque etiam eorum petitione omiſſa, eos tamen adhuc peti

 poſſe,

Digitized by Google

Huc vsq; occupati fuimus in recitatione opinionum, quatenus fructus,& id genus acceſſiones in condemnationem venire poſſint, quid autem in tanta varietate ſequendum, non facilè erit conſtituiſſe.

Exiſtimarem tamen,†opinionem,non improbandam exiſtimantium,ſi huiusmodi acceſſiones perceptæ,antè acceptũ iudiciũ, à Iudice non petantur, partem de ſe queri debere, lite aũt conteſtata,poſſe Iudicem victum ad eaſdem condemnare. 316

Pro confirmatione adduci poteſt *l.10 partum,ff.de vſuris &c.* Partum *inquit* I. C. poſt litem conteſtatam, editum, reſtituere poſſeſſor debet,quem non deberet reſtituere,ſi,cum mater peteretur:iam natus fuiſſet:niſi ſpecialiter,& pro hoc egiſſet. *&* §. 4. *item ad exhibendum, Inſtit: de officio Iudicis,* verſ: *præterea,* vbi dicitur,fructuum medij temporis, *id eſt* eius, quod poſt acceptum,ad exhibendum iudicium,antè rem iudicatam interceſſerit,rationem habendam eſſe, quia accepto demum iudicio, Iudicis officium vires habeat, *l. 25. ædiles, §. 8. item ſciendum, l.31. quod ſi nolit, §. 12. ſed hoc dicemus, ff. de ædilitio edicto;* Hinc paſſim videmus, præcipuè vim conſtitui, in litis conteſtatione, *l. ſi poſt,* 18 *l. præterea,* 20. *ff. de R. V. l. 9. Iulianus, §. 5. quantum, cum ſeq. ff. ad exhibendum.*

Vndè, cum ſtylo †& conſuetudine inſequentis ætatis receptum ſit,rem vnà cum fructibus,intereſſe & expenſis peti poſſe,vt ſuprà dictum eſt, *nu: 293.* poterit Iudex ex officio,fructus non petitos adiudicare,(de qua re variè diſputatum,maximè ſi ſententia omiſſi petantur in executione, vt refert *Rulantus, de Commiſſar: part: tertia: libr: ſeptimo: de firmand: reſ: acqu: remed: cap:* 11. *num:* 7. *cum ſeq.) Rulantus, de Commiſſ: par:3. lib:6. de firmand: reſ: acqu: interrog: cap:7. nu:2.* vbi ita in quadam cauſa conſideratum refert,quod maximè procedit,adiecta clauſula ſalutari, peto mihi ius & iuſtitiam adminiſtrari &c. cuius virtute ſolet etiam ſuper non petitis etiam expreſsè,pronunciari, *Mynſing: cent: 2. obſ: 22. cent: 4. obſ: 55.* vbi refert, ita *in Camera Imp: receptum eſſe, Gail, lib: 1. obſer: 61. numer: 11. in fine, & obſer: 151.* 317

num:

Digitized by Google

nu. 21. *cum ſeq*: *Tom*: 2. *Symph*: *par*: 3. *tit*: 10, *voto*, 2. *nu*: 43. vbi expenſæ non petitæ expreſſe adiudicatæ fuerunt, quod admittendum videtur, tam de expenſis antè (à tempore videlicet in ius vocationis) quam poſt litis conteſtationem factis.

Et quamuis *Rulantus par*: 3. *lib*: 9. *de remed*: *conſeru*: *rer*: *acqu*: *cap*: 1. *nu*: 9. *ex Aſinio*, longam, in hanc rem, diſtinctionem adferat, tamen benignius eſt, eam non conſiderari, in Conſiſtorio Summi Principis, vbi magis ex æquitate, quam ſecundum ſubtilitatem, & ſtrictam iuris diſputandi rationem, iudicandum &c.

Nec eſt, quod nos moueat, ſumptus litis, officio Iudicis petendos eſſe, non iure actionis, ideoque Iudicem non rogatum, ſe interponere non debere, *Text. in d. l. ædiles*, 25. §. *item ſciendum*, 8. *ff. de ædilitio edicto*, in verbis, *Ea autem, quæ ante iudicium contingunt, non valdè ad eum pertinent, niſi fuerint ei nominatim iniuncta*.

318 Pro cuius §. declaratione, † ſciendum eſt, eum pertinere ad antiquam differentiam, vetuſtate iam obliteratam, eorum, quæ apud Prætorem, vel alios Magiſtratus, & quæ apud Pedaneum Iudicem ſeu datum, fiebant, nam Prætor, aut Magiſtratus iudicij ſpeciem Iudici dato præſcribebat, & ante iudicium acceptum hinc inde, nullæ Iudicis dati partes fuerunt, quia demum iudicio accepto Iudex conſtituebatur, ſed eius Magiſtratus, qui conſtituebat Iudicium, vndè, quæ antè litem conteſtatam contingunt, ad ipſum non pertinent, niſi nominatim ei adiuncta ſint, à Prætore videlicet, qui iudicium dedit, vt latius declarat *Eguinarius Baro*, *libr*. 6. *Manual*: *fol. mihi*, 567. cum ſeq.

Secundo dici poterit, ſatis illi iniungi videri, ex illa clauſula ſalutari, ſaltem implicitè, & virtute eiusdem, partem cenſeri officium Iudicis implorare, nedum ſuper principali, ſed etiam ſuper acceſſorijs, nam Iudicis officio commiſſum cenſetur omne, quod in iudicium deductum eſt.

Hinc Paulus, *in L. ſi reus*, *ſeptuageſima tertia. in fine*, *ff. de* *Procu-*

Procuratorib. lite conteſtata ait, omne officio Iudicis dirimendum.

Huc pertinet doctrina *Baldi, in l. properandum, §. ſin autem alterutra &c. C. de iudiciis,* Iudicem pronunciare debere, non ſolum de ipſa actione, ſed etiam de ijs, quæ ſequuntur, implicitè actionem, quia omnium rerum officium incumbit, quæcunque in iudicio verſantur, quare cum vi clauſulæ ſalutaris nedum cauſa principalis, ſed etiam acceſſoria, in iudicium deducta cenſeantur, ſaltē implicitè, poterit ſuper fructibus intereſſe, expenſis etiam non petitis, ex officio pronunciare, non quidem vt teneatur, quem condemnare in expenſas non petitas, ſed poterit, ſi velit: *Couarruuias pract: quæſt: cap. 27. num. 5. Gilken. in Tractat: de impenſis, cap: 4. par: 2. nu: 26.*

Sed quo officio † ad mercenario, an verò nobili? 319

Et Interpretes *ad l. terminato, C. de fructibus, & litium, &c.* ſtatuunt mercenario petendas eſſe, de differentia vtriuſque, *Zaſius & communiter Dd. ad l. 1. ff. de iuriſdict: omn: iudic: Rulantus, par: 3. lib: 2. de gene: act: inueſt: cap: 4. circa princ:*

Quæ diſtinctio in iure † ſecundum modernos, *ad tit: inſtit: de offic: Iud:* inaudita eſt, exiſtimantes, ex ignorata differentia, Magiſtratus, & Iudicis, emanatam, vt enim hi inter ſe differunt, ita differre officium Iudicis ab officio Prætoris, quod enim in iure eſt Imperium, & iuriſdictio, & quod ad Magiſtratum pertinet, id Interpretibus eſt officium nobile; Mercenarium autem vocant, quod proprium dicitur officium Iudicis, non rectè officium Iudicis, cum officio Magiſtratus ſeu Prætoris ius dicentis, quod in Imperio, & Iuriſdictione verſatur, confunditur, vt latius explicant *Antonius Gibertus, lib; 1: capit: 10. Coraſius, libr: 7. capit: 9. Giphanius ad princ: tit: de officio Iudic: &c.* 320

Sed ad inſtituta redeamus, cum igitur victus ſumptus litis agnoſcere debeat, exurgit illa quæſtio.

Si appellans in cauſa obtinuerit, an appellatus in expenſas condemnari poſſit?

Digitized by Google

321 Et quidem de appellante † dubium non eſt, ſi ſuccumbat ex prioribus actis, indiſtinctè condemnandum eſſe, in expenſas, *cap: ſæpe, §. fin: ext: hoc tit: Gail, lib: 1. obſ. 152. nu. 4. Tom. 1. Symph. par: 3. voto, 7. in fine tom: 2. par. 2. voto 47. in fine*, adeò vt Iudex appellationis condemnando appellantem victum in expenſas præſumatur etiam condemnaſſe, in expenſas primæ inſtantię, *Menochius, lib. 2. præſumpt: præſ:* 88. licet expreſsè pronunciari de omnibus expenſis conſultius ſit.

Superius autem procedit, niſi ratio ligandi ſubſit, *arg. l. qui ſolidum*, 78. §. *etiam*, 2. *ff. de legat: 2. gloſſ: communiter recepta in cap: finem litibus &c.* ibidem *Canoniſtæ: ext: de dolo & contumacia*, vbi traditur hoc tam in primo quam ſequenti iudicio procedere, *Couar: pract: quæſt: c. 27. nu:* 3. idq; receptum colligi videtur ex *Tom: 1. Symph: par: 3. voto, 2. in fine, Tom. 2. par: 2. voto. 3. in fine, & Tom: 2. par: 1. voto 22. nu: 26. cum ſeq. Tom: 4. par: 1. poſt nu: 60. & voto, 4. poſt nu: 39.*

Idem probandum, ſi cauſa fuerit dubia, vel ſi proter nullitates commiſſas caſſentur Proceſſus, *Tom: 1. par: 2. tit: 8. voto 2. in fine*, & antè *nu: 176. & voto 10. in fine.*

322 Sin autem appellatum, in cauſa † appellationis, victum eſſe proponamus, maior difficultas eſt.

Omiſſa longiore diſtinctione, de qua *Gilkén: in l. 13. properandum, §. ſin autem alterutra &c. C. de iudiciis, nu: 54. cum ſeq. Mynſing: cent: 2. obſ: 89. Gail, lib. 1. obſ: 152. nu: 5.*

Verius, Iudicis arbitrio committendum, an is qui in primo iudicio vicit, in cauſa appellationis ſuccumbit, in ſumptus litis condemnandus ſit, *Fachineus, lib: 1. contro: cap: 41.*

323 Quamuis Iudex † pronior debeat eſſe ad compenſationem, quam condemnationem expenſarum, quod æquiſſimum eſt, & ſuccumbente appellato, quia cum nitatur iudiciali authoritate, eaq; præſumptione, quæ ex iudicato naſcitur, nihil appellato imputari poteſt, fieri compenſationem expenſarum, *in Camera Imp:* teſtatum facit, *Gail, lib: 1. obſ: 152. poſt nu: 5.* & vide *Tom: 4. par: 1. voto 57. in fine, & paſſim alibi.*

Idem

Digitized by Google

Idem iudicium eſt, ſi reformetur prior ſententia, *Gail, lib: lib*: 1. *obſ*: 10. *nu*: 6. *Tom*: 2. *par*: 1. *voto vlt*: *Tom*: 4. *par*: 1. *voto* 3. *nu*: 114. *&* *voto* 32. *in fine*, *&* 37. *in fine*, compenſatio *inquam*, expenſarum admittenda, reformata ſententia, *puta*, partim iuſta, partim iniuſta pronunciata appellatione, ob mutuam victoriam, *Codex Fabrianus*, *lib*. 7. *tit*: 18. *defin*: 31. 41. 44. 65. 83.

Porrò, † Iudex appellationis nedum litigantem in expenſas condemnare, etſi fruſtrationis cauſa beneficium appellationis imploraſſe deprehenditur & inſuper pœna aliqua extraordinaria coercere poterit, de qua re ſuprà dictum, qua ratione in temerè appellantes animaduertatur: & hæc obtinent, in appellatione, à ſententia definitiua &c. 324

Sin autem ab interlocutoria, † articulo, vel præiudicio, (idem enim ſunt,) aut grauamine, prouocatum ſit, iuſtificatis formalibus, omiſſa actionis inueſtigatione, ad grauamina deſcendendum, an iure ab interlocutoria ſimplici, appellabili tamen, interpoſita ſit appellatio, cum enim ita appellando lis trahatur in infinitum, & ſi quid medio litis inique ſibi à Iudice priore factum, poſt definitiuam ſententiam, interpoſita prouocatione, ſimul cum cauſa principali, omne ſarciri poſſit, *Text: elegans, in l. 36. oportet, C. hoc tit.* iure nomine interpoſitæ intempeſtiuæ appellationis, cauſa ad Iudicem priorem remittenda; ſi *inquam* animaduertat, Iudices primi iudicij rectè iudicaſſe, eaque cum refuſione expenſarum, & ſi de expreſſa moratoria appellatione, & tergiuerſatione conſtet, cum appellante ita agendum, vt pœniteat, non priori decreto ſtetiſſe. 325

Quamuis quidam repugnare videantur, Iudicē AD QVEM non poſſe interpoſita appellatione ab interlocutoria, appellantem condemnare in expenſas.

Contrarium tamen verius, & receptum, introducta videlicet appellatione (nuda enim appellatio hoc non impetrabit, ſed introductio & aditio Iudicis) *cap: ſignificauerunt. in fine trigeſimo ſexto. extr: de Teſtibus, cap: cum veniſſent, in fine, ext: de eo qui mittitur in poſſeſſ: cap: 59. vt debitus, vbi communiter Canoniſtæ,*

cap. 38. *cum in Eccleſia, cap. cum ſpeciali*, §. 1. *ext. hoc tit. cap. cum appellationibus, eodem in 6.* Idque, *vt dixi*, vſus comprobat; nam & ſuper hoc articulo, an legitima ſit appellatio, Iudex appellationis eſt competens, vndè, & ſuper expenſis, in illo articulo emergentibus, erit competens, cum expenſæ ſequela ſint illius articuli.

326 Pronunciata † itaque iniuſtà appellatione ab interlocutoria, cauſa remittenda, cum refuſione expenſarum, nec enim huiusmodi appellatione interpoſita, Iudex prior eſſe deſinit, cum habeatur pro infecta, niſi delatum ſit hiſce appellationibus,
327 nam cum ijs deferendo, † omnem iurisdictionem à ſe alienarit, ſeu abdicarit, *d. cap. cum appellationibus, hoc tit. in 6.* remiſſio cauſæ principalis aut eiusdem retentio, Iudicis ſuperioris poteſtate continebitur, *Mynſingerus cent:* 4. *obſ:* 46. *cent:* 2. *obſ:* 4. vbi refert, ſæpius hoc *in Camera Imp:* obſeruatum fuiſſe, & delata appellatione, à Iudice cauſam principalem retentam, quod ipſum exprimitur, *l.* 42. *C. Theodoſiano, de appellationib.* probamus, *inquit*, verecundiam iudicantis, ſi ſuperfluam quoque recipiat prouocationem, ne interim reliquum negotium audiret, & *Symmachus*, verecundè, *inquit*, potius quam iure ſuſcepi prouocationem, non extante ſententia. *Cuiacius, lib:* 12. *obſ: cap:* 6.

328 Poterit itaque † Iudex appellationis, ſi velit, cauſam principalem retinere, vel remittere, recepta appellatione à Iudice, ab interlocutoria vel articulo: animaduertendum autem in remiſſione cauſæ principalis an delatum ſit, nec ne, illic enim proter defectum iurisdictionis, vt ea reuiuiſcat, renaſcatur, aut reſuſcitetur, remiſſiò expreſſe per Iudicem appellationis faciẽda; altero autem caſu, eo ipſo quod Iudex appellationis pronunciat, malè appellatum, facultas cognoſcendi ad Iudicem A QVO de cauſa principali reuertitur.

Quod eo à quibuſdam producitur, etiamſi inhibitum ſit, quia inhibitio tendat tantum, appellatione pendente, vndè, illa iniuſta pronunciata, Iudex A QVO recipit iurisdictionem,

&

Digitized by Google

& procedere poteſt, *Francus & Canoniſtæ, in cap. vt debitus, ext. hoc tit.* Ex ſtylo autem *Cameræ Imper:* receptum refert *Gail, lib:* 1. *obſ:* 131. *nu.* 5. confirmata priore ſententia, & inhibitione emanata, remiſſiones conceptis verbis fieri.

Idem iudicium, ſi pronuncietur, appellationem non deuolutam, *Tom.* 2. *Symph: par:* 2. *voto,* 24. *nu:* 21. *Tom:* 4. *par:* 1. *voto,* 43. *nu:* 28.

Idem probandum eſt, † ſi deprehendatur, cauſam eſſe deſertam, & hic cauſa ad Iudicem A QVO remittitur, cum refuſione expenſarum, *cap. reprehenſibilis, ext. hoc tit: Ordinat. Cam. Imp. par.* 3. *tit.* 50. §. Wo aber ꝛc. Quamuis enim Iudex appellationis per deſertionem nullam habeat Iurisdictionem, negari tamen non debet, interpoſitam appellationem, cauſam dediſſe ſumptibus, ob quæſtionem de deſertione factis, illosq; ad cauſam appellationis pertinere; quare de illis cognoſci poterit, adeò, vt huiusmodi expenſæ deſertionis, poſt ſententiam peti poſſint; cum non officio Iudicis, *vt in l. terminato, C. de fructibus, ſeu litium expenſis*, ſed iure actionis, videlicet condictione, *ex d. cap: reprehenſibilis, veniant, Gail, lib:* 1. *obſ.* 137. *nu:* 6: ideoque finito Iudicio, in petitionem deduci poſſe, *Mynſingerus, centur:* 4. *obſeruat:* 48. *allegans l.* 3. §. *ſi rem, ff. de legatis tertio.* 283

Quibus non abſimilis eſt doctrina Interpretum, ſententiam Iudicis abſoluentis ab expenſis, non includere expenſas iure promiſſionis, aut actionis debitas, ſed tantum officio Iudicis, quod multum referat, an expenſæ debeantur ex officio Iudicis, quod actioni cohæreat, an verò iure actionis, *l.* 8 *centum, l. fin. ff. de eo quod certo &c. l.* 1. *vbi communiter: Doctores, C. de Iudiciis &c. l.* 4. *C. depoſiti, Codex Fabrianus, lib:* 7. *tit:* 17. *defin.* 3. *nu:* 5.

Hoc tamen differentiæ inter cauſam non deuolutam & deſertam ſubeſt, vt primo caſu neceſſaria ſit remiſſio; Secundo verò nequaquam, *Gail, lib:* 1. *obſer:* 123. *num.* 10. *& obſ:* 138. *nu:* 7.

Digitized by Google

330 His ita ſubductis, † exoritur quæſtio, cum pronunciata iniuſta appellatione, cauſa deuoluatur ad Iudicem priorem, annè Iudex appellationis, inſtante appellato, cauſam principalem retinere poſſit?

Et quidem *VVurmſerus, hoc tit: de appellat: obſ: 33. & Hartm: Hartm: eod: tit: obſ: 9.* referunt, iniuſta pronunciata appellatione, in arbitrio appellati eſſe, an velit coràm Iudice appellationis cauſam proſequi.

Verum, cum ita pronunciando, ipſo iure cauſa ad priorem Iudicem deuoluatur, *cap: vt debitus, 59: ext: hoc tit: cap: cum appellationib. eodem, in 6.* & intereſſe prioris Iudicis ob cauſæ cognitionẽ verſetur, ipſiusq; Proceſſus deinde ſubſiſtat, videtur contrarium dicendum, de qua re copioſè, dictum *in hoc capit: vlt: nu: 133. cum ſeq.*

331 Porrò, † pronunciata iuſta appellatione, ab interlocutoria, tota cauſa principalis ad eum defertur, *d. cap: vt debitus, 59.* ibidem *Canoniſtæ, ext: hoc tit:* etiamſi pro parte malè iudicatum pronuncietur, *Mynſing: cent: 4. obſ: 64.*

Idem obtinet, in appellatione extraiudiciali, vt ſi pronuncietur malè actum, partibus iniungitur, vt coràm Iudice appellationis, in cauſa principali procedant: *Notator ad Ordinat: Cam: Imp: ſub nomine Magenhorſt, par: 3. tit: 32. fol: 445.* neque locus erit remiſſioni, non ſolet enim ad eum, à quo iure prouocatum, cauſa remitti, *cap: exhibita, 19. ext: de iudiciis, cap: fin: ext: de libello appellat:* vbique *Cuiacius, Gail, libr: 1. obſ: 131. numer: 2. Tom: 2. Symphor: par: 2. voto, 19. nu: 16. cum ſeq: & voto, 20. poſt nu: 3.*

332 Hinc excipit illa quæſtio, † Si in prima inſtantia malè appellatum, benè iudicatum, in ſecunda verò, malè iudicatum, benè appellatum, an Iudex tertiæ inſtantiæ poſſit de principali cauſa cognoſcere?

Omiſſa longiore inquiſitione, dicendum, cum pronuncietur, benè appellatum, malè iudicatum, (vt in ſecunda inſtantia propoſitum eſt, quæ fundat iurisdictionem Iudicis ſuperioris) totam

totam cauſam ad Iudicem tertiæ inſtantiæ deuolui, ita, vt de principali cauſa poſſit cognoſcere, abſoluto tamen puncto aut articulo appellationis, *Mynſingerus*, *centur: quarta. obſeru: quadrageſima ſexta.* vbi refert, hoc ſæpius obſeruatum, *Tom:* 1. *Symphor: part: tertia. voto, decimo quarto, numer:* 25. verſ: *Quapropter.*

Ex his ita digeſtis † conſtat, quatenus cauſa remittenda ſit ad inferiores Iudices, vt iuſta, aut iniuſta pronunciata appellatione deciſio cauſæ principalis Iudici appellationis deferatur, aut ad priorem remittatur, ſi tamen nullitas commiſſa ſit, à Commiſſario, ſeu delegato, eidem cauſa committenda, *Rulantus*, *de Commiſſar: libr: 6. de publicat: & quæ eam ſequun: capit:* 5. *num:* 21. vbi refert, *in Camera Imp:* ita obſeruari. 333

Cæterum ſi per appellationem ab interlocutoria, hinc indè cauſa principalis deducta ſit, ita vt de meritis cauſæ ſufficienter conſtet, finito appellationis articulo, etiam ſuper cauſa principali pronunciandum, cuius rei elegans exemplum *in Tom:* 1. *Symphorem: part:* 3. *voto*, 14. Imò ſi conſtet de principali negotio, omiſſo grauaminis puncto, in principali pronunciari, refert *Author præiudic: Camer:* in verbo *ſententia fol:* 313. verſic: *tametſi*, vbi id præiudicio confirmat, quod ipſum procedit in cauſis ſimplicis querelæ, vt puta, ſi actum ſit ad declarationem pœnarum priuilegij &c. ſi ex actis ſufficienter conſtet, de iuſtitia & iure cauſæ principalis, vt etiam abſoluto reo à pœnis priuilegij nihilominus ſuper principali pronunciari poſſit: Notabilis in hanc rem deciſio, extat *in Tom:* 1. *Symphor: par:* 3. *voto*, 12.

Sin autem merita cauſæ in iudicium deducta non ſint, neque de ijs iudicium ferri poſſit, pronunciatur malè iudicatum, & benè appellatum, & quatenus litigatores ab actione deſiſtere nolint, quod hoc in iudicio audiri, & deſuper fieri debeat, quod iuris eſt &c. 334

De

De qua formula pronunciandi, vide *Gail, lib*: 1. *obſ*: 31. *in fine, Tom*: 2. *Symph; par*: 2. *voto*, 19. *in fine*.

334 Animaduertendum autem, † vt ſimul ſuper expenſis pronunciet, quæ hoc caſu plerumque compenſari ſolent, cum appellato ratio litigandi conſtet, innititur enim iudicati authoritate *Gail, d. loco*.

Quamuis enim ex Communi Doctorum Sententia, expenſarum condemnationem, vel abſolutionem, in interlocutoria, ſibi Iudex reſeruare poſſit, per tradita *à Couarruuia, pract: quæſt*: *d. cap*: 27. verſ. 5. tamen commodius eſt, vt non exſpectata ſententia definitiua, expenſarum habeatur ratio erogatarum, ſuper articulo appellationis, aut in puncto interlocutoriæ, *l*. 4. *non ignoret*, vbi Doctores *Codice de fructibus, & litium expenſis, cap*: 1. *circa medium, de reſtitutione ſpoliatorum in* 6. *cap*: 1. verſ. *ſi quis igitur, de exceptio: in* 6. *Ordin: Cam: Imp*: *par*: 3. *tit*: 50. §. Wir wöllen auch ꝛc. *Mynſ. cent*: 1. *obſ*: 23. *&* 45. *Gail, lib*: 1. *obſ*: 151. *nu*: 15. vbi refert, ita in Cam: Imp: receptum eſſe.

Et hæ expenſæ, ex mente aliorum, dicuntur præiudiciales, eò quod reus non procedere teneatur, niſi refuſis expenſis, per notata, *ad l. Sancimus, Codice de iudiciis &* §. *præiudicialium, Inſtit*: *de actionibus*.

In hac autem taxatione expenſarum diligenter conſiderandum, vt earum tantum habeatur ratio, quæ factæ ſunt ſuper articulo appellationis, neque ad alios extenſio facienda, *Gail, & Mynſingerus, d. locis, & Ordinatio, recitato tit*: 50. §. Wo aber *appellationes &c*.

335 In alijs autem, † habenda eſt ratio expenſarum, omnium iudicialium, & neceſſariarum, *id eſt*, vt victus expenſas, quæ circa actus iudicij, & perſonas, in eo interuenientes, explicari ſolent, agnoſcere debeat, *l. properandum*, §. *& ſiquidem*, 2. verſ. *ſed etiam in omnes expenſas*, & verſ. *expenſis tantummodo litis. &* §. 6 *ſin autem alterutra &c. l. Sancimus*, 15. *C. de iudiciis, l. quoniam*, 11. *C. de Teſtibus, l. eos*, 6. §. *ſi quis autem*, 1. *C. hoc tit*: *Nouella*, 82. *cap*: 6. *Oportet autem. cap*: *finem litibus*, 5. *&* 6. *in fine, ext. de dolo & contum-*

Digitized by Google

tumacia, cap: 1. *in fine ext: de ſequeſtr: poſſeſſion: cap:* 3. *in fine, ext: de eo qui mittitur in poſſeſſ:* vbi paſſim dicitur:*neceſſariarum, item legitimarum & moderatarum, habendam eſſe rationem.*

Hinc elegan[illegible] I. C. *in l.* 1. *§. in honorariis*, 10. *ff. de extraordinariis cognitionibus*, ait, *in honorariis Aduocatorum, ita Iudex verſari debet, vt pro modo litis, proq; Aduocati facundia, & fori conſuetudine, & iudicij &c. æſtimationem adhibeat &c.* & duntaxat ea pecunia, quę modum legitimum egreſſa non ſit, repeti debeat, vndè ſi ſportularum nomine, ſuprà modum legibus comprehenſum dederit, vel etiam ratione conſtituti Salarij, quid erogatum ſit, hæ profuſiones parti imputandæ non ſunt, *argum: l.* 27. *debet autem ff. de ædilitio edicto.*

Vndè paſſim in iure ſumptuum neceſſariò factorum mentio fit, *l. liberto*, 31. *§. qui aliena*, 3. *& vlt: ff. de negotiis geſtis, l.* 56. *qui mutuam*, §. *vlt: ff. mandati*, ad excludendas immoderatas expenſas, *l. inter*, 39. *§. vlt: cum l. ſeq: ff. de damno infecto.*

Neceſſariæ autem expenſæ ſunt, quæ dantur Iudicibus, Aduocatis, Procuratoribus, Executoribus, Nuntijs &c. item quæ in viatica teſtium erogata ſunt: *de quibus latè Gail, lib.* 1. *obſ:* 151. *Gilken: in l. properandum*, §. *ſin autem alterutra, per totum. Cod: de iudiciis.*

Idem iudicium eſt, ſi Iudicibus ratione victus quid datum ſit, *Rulantus, par:* 3. *lib:* 8 *de proceſſ: iud: interrog: cap:* 17. *nu:* 12. vbi ita obſeruatum refert.

Ex his deducitur † ſumptus, qui ratione damni emergentis 336
contingunt, explicandos aut ſoluendos non videri, conſtat enim ex *d. l.* 13. *§.* 2. verſic. *expenſis tantummodò litis*, & alijs ſuprà adductis, expenſas circà litem factas, tantum, non damna circa aliàs res actoris inferenda eſſe, de qua re videatur *Gilken: in d. l.* 13. *§. ſin autem alterutra &c. nu:* 14. *cum ſeq: Grauæus ad Gail, concluſ:* 151. *conſideratione* 1.

Nec obſtat *§. hæc autem omnia &c. Inſtit: de pœna temere litigantium*, vbi dicitur, improbum litigatorem, damna & expen-

Digitized by Google

nu. 21. *cum ſeq: Tom*: 2. *Symph: par*: 3. *tit*:10, *voto*, 2. *nu*: 43. vbi expenſæ non petitæ expreſſè adiudicatæ fuerunt, quod admittendum videtur, tam de expenſis antè (à tempore videlicet in ius vocationis) quam poſt litis conteſtationem factis.

Et quamuis *Rulantus par*: 3. *lib*: 9. *de remed: conſeru: rer: acqu: cap*: 1. *nu*: 9. *ex Aſinio*, longam, in hanc rem, diſtinctionem adferat, tamen benignius eſt, eam non conſiderari, in Conſiſtorio Summi Principis, vbi magis ex æquitate, quam ſecundum ſubtilitatem, & ſtrictam iuris diſputandi rationem, iudicandum &c.

Nec eſt, quod nos moueat, ſumptus litis, officio Iudicis petendos eſſe, non iure actionis, ideoque Iudicem non rogatum, ſe interponere non debere, *Text. in d. l. ædiles*, 25. §. *item ſciendum*, 8. *ff. de ædilitio edicto*, in verbis, *Ea autem, quæ ante iudicium contingunt, non valdè ad eum pertinent, niſi fuerint ei nominatim iniuncta*.

318 Pro cuius §. declaratione, † ſciendum eſt, eum pertinere ad antiquam differentiam, vetuſtate iam obliteratam, eorum, quæ apud Prætorem, vel alios Magiſtratus, & quæ apud Pedaneum Iudicem ſeu datum, fiebant; nam Prætor, aut Magiſtratus iudicij ſpeciem Iudici dato præſcribebat, & ante iudicium acceptum hinc inde, nullæ Iudicis dati partes fuerunt, quia demum iudicio accepto Iudex conſtituebatur, ſed eius Magiſtratus, qui conſtituebat Iudicium, vndè, quæ antè litem conteſtatam contingunt, ad ipſum non pertinent, niſi nominatim ei adiuncta ſint, à Prætore videlicet, qui iudicium dedit, vt latius declarat *Eguinarius Baro*, *libr*. 6. *Manual: fol. mihi*, 567. cum ſeq.

Secundo dici poterit, ſatis illi iniungi videri, ex illa clauſula ſalutari, ſaltem implicitè, & virtute eiuſdem, partem cenſeri officium Iudicis implorare, nedum ſuper principali, ſed etiam ſuper acceſſorijs, nam Iudicis officio commiſſum cenſetur omne, quod in iudicium deductum eſt.

Hinc Paulus, *in L. ſi reus*, *ſeptuageſima tertia*. *in fine*, *ff. de Procu-*

Procuratorib. lite conteſtata ait, omne officio Iudicis dirimendum.

Huc pertinet doctrina *Baldi, in l. properandum, §. ſin autem alterutra &c. C. de iudiciis,* Iudicem pronunciare debere, non ſolum de ipſa actione, ſed etiam de ijs, quæ ſequuntur, implicitè actionem, quia omnium rerum officium incumbit, quæcunque in iudicio verſantur, quare cum vi clauſulæ ſalutaris nedum cauſa principalis, ſed etiam acceſſoria, in iudicium deducta cenſeantur, ſaltē implicitè, poterit ſuper fructibus intereſſe, expenſis etiam non petitis, ex officio pronunciare, non quidem vt teneatur, quem condemnare in expenſas non petitas, ſed poterit, ſi velit: *Couarruuias pract: quæſt: cap. 27. num. 5. Gilken. in Tractat: de impenſis, cap: 4. par: 2. nu: 26.*

Sed quo officio † ad mercenario, an verò nobili? 319

Et Interpretes *ad l. terminato, C. de fructibus, & litium, &c.* ſtatuunt mercenario petendas eſſe, de differentia vtriusque, *Zaſius & communiter Dd. ad l. 1. ff. de iurisdict: omn: iudic: Rulantus, par: 3. lib: 2. de gene: act: inueſt: cap: 4. circa princ:*

Quæ distinctio in iure † ſecundum modernos, *ad tit: inſtit: de offic: Iud:* inaudita eſt, exiſtimantes, ex ignorata differentia, Magiſtratus, & Iudicis, emanatam, vt enim hi inter ſe differunt, ita differre officium Iudicis ab officio Prætoris, quod enim in iure eſt Imperium, & iurisdictio, & quod ad Magiſtratum pertinet, id Interpretibus eſt officium nobile; Mercenarium autem vocant, quod proprium dicitur officium Iudicis, non rectè officium Iudicis, cum officio Magiſtratus ſeu Prætoris ius dicentis, quod in Imperio, & Iurisdictione verſatur, confunditur, vt latius explicant *Antonius Gibertus, lib; 1: capit: 10. Coraſius, libr: 7. capit. 9. Giphanius ad princ: tit: de officio Iudic: &c.* 320

Sed ad inſtituta redeamus, cum igitur victus ſumptus litis agnoſcere debeat, exurgit illa quæſtio.

Si appellans in cauſa obtinuerit, an appellatus in expenſas condemnari poſſit?

Digitized by Google

321 Et quidem de appellante † dubium non eſt, ſi ſuccumbat ex prioribus actis, indiſtinctè condemnandum eſſe, in expenſas, *cap: ſæpe, §. fin: ext: hoc tit: Gail, lib: 1. obſ: 152. nu. 4. Tom. 1. Symph. par: 3. voto, 7. in fine tom: 2. par: 2. voto 47. in fine*, adeò vt Iudex appellationis condemnando appellantem victum in expenſas præſumatur etiam condemnaſſe, in expenſas primæ inſtantię, *Menochius, lib. 2. præſumpt: præſ:* 88. licet expreſsè pronunciari de omnibus expenſis conſultius ſit.

Superius autem procedit, niſi ratio ligandi ſubſit, *arg. l. qui ſolidum*, 78. §. *etiam*, 2. *ff. de legat: 2. gloſſ: communiter recepta in cap: finem litibus &c.* ibidem *Canoniſtæ: ext: de dolo & contumacia*, vbi traditur hoc tam in primo quam ſequenti iudicio procedere, *Couar: pract: quæſt: c: 27. nu:* 3. idq; receptum colligi videtur ex *Tom:* 1. *Symph: par: 3. voto, 2. in fine, Tom. 2. par: 2. voto. 3. in fine, & Tom: 2. par: 1. voto 22. nu: 26. cum ſeq. Tom: 4. par: 1. poſt nu: 60. & voto, 4. poſt nu: 39.*

Idem probandum, ſi cauſa fuerit dubia, vel ſi proter nullitates commiſſas caſſentur Proceſſus, *Tom: 1. par: 2. tit:* 8. *voto 2. in fine*, & antè *nu: 176. & voto* 10. *in fine.*

322 Sin autem appellatum, in cauſa † appellationis, victum eſſe proponamus, maior difficultas eſt.

Omiſſa longiore diſtinctione, de qua *Gilken: in l.* 13. *properandum*, §. *ſin autem alterutra &c. C. de iudiciis, nu:* 54. *cum ſeq. Mynſing: cent:* 2. *obſ:* 89. *Gail, lib.* 1. *obſ:* 152. *nu:* 5.

Verius, Iudicis arbitrio committendum, an is qui in primo iudicio vicit, in cauſa appellationis ſuccumbit, in ſumptus litis condemnandus ſit, *Fachineus, lib: 1. contro: cap:* 41.

323 Quamuis Iudex † pronior debeat eſſe ad compenſationem, quam condemnationem expenſarum, quod æquiſſimum eſt, & ſuccumbente appellato, quia cum nitatur iudiciali authoritate, eaq; præſumptione, quæ ex iudicato naſcitur, nihil appellato imputari poteſt, fieri compenſationem expenſarum, *in Camera Imp:* teſtatum facit, *Gail, lib:* 1. *obſ:* 152. *poſt nu:* 5. & vide *Tom:* 4. *par:* 1. *voto* 57. *in fine, & paſſim alibi.*

Idem

Idem iudicium eſt, ſi reformetur prior ſententia, *Gail, lib: lib*: 1. *obſ*: 10. *nu*: 6. *Tom*: 2. *par*: 1. *voto vlt*: *Tom*: 4. *par*: 1. *voto* 3. *nu*: 114. *& voto* 32. *in fine*, *&* 37. *in fine*, compenſatio *inquam*, expenſarum admittenda, reformata ſententia, *puta*, partim iuſta, partim iniuſta pronunciata appellatione, ob mutuam victoriam, *Codex Fabrianus, lib*. 7. *tit*: 18. *defin*: 31. 41. 44. 65. 83.

Porrò, † Iudex appellationis nedum litigantem in expenſas condemnare, etſi fruſtrationis cauſa beneficium appellationis imploraſſe deprehenditur & inſuper pœna aliqua extraordinaria coercere poterit, de qua re ſuprà dictum, qua ratione in temerè appellantes animaduertatur: & hæc obtinent, in appellatione, à ſententia definitiua &c. 324

Sin autem ab interlocutoria, † articulo, vel præiudicio, (idem enim ſunt,) aut grauamine, prouocatum ſit, iuſtificatis formalibus, omiſſa actionis inueſtigatione, ad grauamina deſcendendum, an iure ab interlocutoria ſimplici, appellabili tamen, interpoſita ſit appellatio, cum enim ita appellando lis trahatur in infinitum, & ſi quid medio litis inique ſibi à Iudice priore factum, poſt definitiuam ſententiam, interpoſita prouocatione, ſimul cum cauſa principali, omne ſarciri poſſit, *Text: elegans, in l.* 36. *oportet, C. hoc tit.* iure nomine interpoſitæ intempeſtiuæ appellationis, cauſa ad Iudicem priorem remittenda; ſi *inquam* animaduertat, Iudices primi iudicij rectè iudicaſſe, eaque cum refuſione expenſarum, & ſi de expreſſa moratoria appellatione, & tergiuerſatione conſtet, cum appellante ita agendum, vt pœniteat, non priori decreto ſtetiſſe. 325

Quamuis quidam repugnare videantur, Iudicē AD QVEM non poſſe interpoſita appellatione ab interlocutoria, appellantem condemnare in expenſas.

Contrarium tamen verius, & receptum, introducta videlicet appellatione (nuda enim appellatio hoc non impetrabit, ſed introductio & aditio Iudicis) *cap: ſignificauerunt. in fine trigeſimo ſexto. extr: de Teſtibus, cap: cum veniſſent, in fine, ext: de eo qui mittitur in poſſeſſ: cap*: 59. *vt debitus, vbi communiter Canoniſtæ,*

cap. 38. *cum in Eccleſia, cap. cum ſpeciali,* §. 1. *ext. hoc tit. cap. cum appellationibus, eodem in 6.* Idque, *vt dixi*, vſus comprobat; nam & ſuper hoc articulo, an legitima ſit appellatio, Iudex appellationis eſt competens, vndè, & ſuper expenſis, in illo articulo emergentibus, erit competens, cum expenſæ ſequela ſint illius articuli.

326 Pronunciata † itaque iniuſtâ appellatione ab interlocutoria, cauſa remittenda, cum refuſione expenſarum, nec enim huiuſmodi appellatione interpoſita, Iudex prior eſſe deſinit, cum habeatur pro infecta, niſi delatum ſit hiſce appellationibus,

327 nam cum ijs deferendo, † omnem iuriſdictionem à ſe alienarit, ſeu abdicarit, *d. cap. cum appellationibus, hoc tit. in 6.* remiſſio cauſæ principalis aut eiuſdem retentio, Iudicis ſuperioris poteſtate continebitur, *Myſingerus cent:* 4. *obſ:* 46. *cent:* 2. *obſ:* 4. vbi refert, ſæpius hoc *in Camera Imp:* obſeruatum fuiſſe, & delata appellatione, à Iudice cauſam principalem retentam, quod ipſum exprimitur, *l.* 42. *C. Theodoſiano, de appellationib.* probamus, *inquit*, verecundiam iudicantis, ſi ſuperfluam quoque recipiat prouocationem, ne interim reliquum negotium audiret, & *Symmachus*, verecundè, *inquit*, potius quam iure ſuſcepi prouocationem, non extante ſententia, *Cuiacius, lib:* 12. *obſ: cap:* 6.

328 Poterit itaque † Iudex appellationis, ſi velit, cauſam principalem retinere, vel remittere, recepta appellatione à Iudice, ab interlocutoria vel articulo: animaduertendum autem in remiſſione cauſæ principalis an delatum ſit, nec ne, illic enim proter defectum iuriſdictionis, vt ea reuiuiſcat, renaſcatur, aut reſuſcitetur, remiſſio expreſſe per Iudicem appellationis faciẽda; altero autem caſu, eo ipſo quod Iudex appellationis pronunciat, malè appellatum, facultas cognoſcendi ad Iudicem A QVO de cauſa principali reuertitur.

Quod eo à quibuſdam producitur, etiamſi inhibitum ſit, quia inhibitio tendat tantum, appellatione pendente, vndè, illa iniuſta pronunciata, Iudex A QVO recipit iuriſdictionem, &

Digitized by Google

& procedere poteſt, *Francus & Canoniſtæ, in cap. vt debitus, ext. hoc tit.* Ex ſtylo autem *Cameræ Imper:* receptum refert *Gail, lib:* 1. *obſ:* 131. *nu.* 5. confirmata priore ſententia, & inhibitione emanata, remiſſiones conceptis verbis fieri.

Idem iudicium, ſi pronuncietur, appellationem non deuolutam, *Tom.* 2. *Symph: par:* 2. *voto,* 24. *nu:* 21. *Tom:* 4. *par:* 1. *voto,* 43. *nu:* 28.

Idem probandum eſt, † ſi deprehendatur, cauſam eſſe deſertam, & hic cauſa ad Iudicem A QVO remittitur, cum refuſione expenſarum, *cap. reprehenſibilis, ext. hoc tit. Ordinat. Cam. Imp. par.* 3. *tit.* 50. §. Wo aber ꝛc. Quamuis enim Iudex appellationis per deſertionem nullam habeat Iurisdictionem, negari tamen non debet, interpoſitam appellationem, cauſam dediſſe ſumptibus, ob quæſtionem de deſertione factis, illosq; ad cauſam appellationis pertinere, quare de illis cognoſci poterit, adeò, vt huiusmodi expenſæ deſertionis, poſt ſententiam peti poſſint, cum non officio Iudicis, *vt in l. terminato, C. de fructibus, ſeu litium expenſis*, ſed iure actionis, videlicet conditione, *ex d. cap: reprehenſibilis, veniant, Gail, lib:* 1. *obſ.* 137. *nu:* 6: ideoque finito Iudicio, in petitionem deduci poſſe, *Mynſingerus, centur:* 4. *obſeruat:* 48. *allegans l.* 3. §. *ſi rem, ff. de legatis tertio.* 283

Quibus non abſimilis eſt doctrina Interpretum, ſententiam Iudicis abſoluentis ab expenſis, non includere expenſas iure promiſſionis, aut actionis debitas, ſed tantum officio Iudicis, quod multum referat, an expenſæ debeantur ex officio Iudicis, quod actioni cohæreat, an verò iure actionis, *l.* 8 *centum, l. fin. ff. de eo quod certo &c. l.* 1. *vbi communiter. Doctores, C. de Iudiciis &c. l.* 4. *C. depoſiti, Codex Fabrianus, lib:* 7. *tit:* 17. *defin.* 3. *nu:* 5.

Hoc tamen differentiæ inter cauſam non deuolutam & deſertam ſubeſt, vt primo caſu neceſſaria ſit remiſſio; Secundo verò nequaquam, *Gail, lib:* 1. *obſer:* 123. *num.* 10. *& obſ:* 138. *nu:* 7.

Digitized by Google

330 His ita ſubductis, † exoritur quæſtio, cum pronunciata iniuſta appellatione, cauſa deuoluatur ad Iudicem priorem, annè Iudex appellationis, inſtante appellato, cauſam principalem retinere poſſit?

Et quidem *VVurmſerus, hoc tit: de appellat: obſ: 33. & Hartm: Hartm: eod: tit: obſ: 9.* referunt, iniuſta pronunciata appellatione, in arbitrio appellati eſſe, an velit coràm Iudice appellationis cauſam proſequi.

Verum, cum ita pronunciando, ipſo iure cauſa ad priorem Iudicem deuoluatur, *cap: vt debitus, 59: ext: hoc tit: cap: cum appellationib. eodem, in 6.* & intereſſe prioris Iudicis ob cauſæ cognitionē verſetur, ipſiusq; Proceſſus deinde ſubſiſtat, videtur contrarium dicendum, de qua re copiosè, dictum *in hoc capit: vlt: nu: 133. cum ſeq.*

331 Porrò, † pronunciata iuſta appellatione, ab interlocutoria, tota cauſa principalis ad eum defertur, *d. cap: vt debitus, 59.* ibidem *Canoniſtæ, ext: hoc tit:* etiamſi pro parte malè iudicatum pronuncietur, *Mynſing: cent: 4. obſ: 64.*

Idem obtinet, in appellatione extraiudiciali, vt ſi pronuncietur malè actum, partibus iniungitur, vt coràm Iudice appellationis, in cauſa principali procedant: *Notator ad Ordinat: Cam: Imp: ſub nomine Magenborſt, par: 3. tit: 32. fol: 445.* neque locus erit remiſſioni, non ſolet enim ad eum, à quo iure prouocatum, cauſa remitti, *cap: exhibita, 19. ext: de iudiciis, cap: fin: ext: de libello appellat:* vbique *Cuiacius, Gail, libr: 1. obſ: 131. numer: 2. Tom: 2. Symphor: par: 2. voto, 19. nu: 16. cum ſeq: & voto, 20. poſt nu: 3.*

332 Hinc excipit illa quæſtio, † Si in prima inſtantia malè appellatum, benè iudicatum, in ſecunda verò, malè iudicatum, benè appellatum, an Iudex tertiæ inſtantiæ poſſit de principali cauſa cognoſcere?

Omiſſa longiore inquiſitione, dicendum, cum pronuncietur, benè appellatum, malè iudicatum, (vt in ſecunda inſtantia propoſitum eſt, quæ fundat iurisdictionem Iudicis ſuperioris) totam

Digitized by Google

totam cauſam ad Iudicem tertiæ inſtantiæ deuolui, ita, vt de principali cauſa poſſit cognoſcere, abſoluto tamen puncto aut articulo appellationis, *Mynſingerus, centur: quarta. obſeru: quadrageſima ſexta.* vbi refert, hoc ſæpius obſeruatum, *Tom: 1. Symphor: part: tertia. voto, decimo quarto. numer:* 25. verſ: *Quapropter.*

Ex his ita digeſtis † conſtat, quatenus cauſa remittenda ſit ad inferiores Iudices, vt iuſta, aut iniuſta pronunciata appellatione deciſio cauſæ principalis Iudici appellationis deferatur, aut ad priorem remittatur, ſi tamen nullitas commiſſa ſit, à Commiſſario, ſeu delegato, eidem cauſa committenda, *Rulantus, de Commiſſar: libr: 6. de publicat: & quæ eam ſequun: capit:* 5. *num:* 21. vbi refert, *in Camera Imp:* ita obſeruari. 333

Cæterum ſi per appellationem ab interlocutoria, hinc indè cauſa principalis deducta ſit, ita vt de meritis cauſæ ſufficienter conſtet, finito appellationis articulo, etiam ſuper cauſa principali pronunciandum, cuius rei elegans exemplum, *in Tom: 1. Symphorem: part: 3. voto,* 14. Imò ſi conſtet de principali negotio, omiſſo grauaminis puncto, in principali pronunciari, refert *Author præiudic: Camer:* in verbo *ſententia fol:* 313. verſic: *tametſi*, vbi id præiudicio confirmat, quod ipſum procedit in cauſis ſimplicis querelæ, vt puta, ſi actum ſit ad declarationem pœnarum priuilegij &c. ſi ex actis ſufficienter conſtet, de iuſtitia & iure cauſæ principalis, vt etiam abſoluto reo à pœnis priuilegij nihilominus ſuper principali pronunciari poſſit: Notabilis in hanc rem deciſio, extat *in Tom: 1. Symphor: par: 3. voto,* 12.

Sin autem merita cauſæ in iudicium deducta non ſint, neque de ijs iudicium ferri poſſit, pronunciatur malè iudicatum, benè appellatum, & quatenus litigatores ab actione deſiſtere nolint, quod hoc in iudicio audiri, & deſuper fieri debeat, quod iuris eſt &c.

De

tumacia, cap: 1. *in fine ext: de ſequeſtr: poſſeſſion: cap:* 3. *in fine, ext: de eo qui mittitur in poſſeſſ:* vbi paſſim dicitur: *neceſſariarum, item legitimarum & moderatarum, habendam eſſe rationem.*

Hinc elegan[illegible]I. C. *in l.* 1. §. *in honorariis*, 10. *ff. de extraordinariis cognitionibus*, ait, *in honorariis Aduocatorum, ita Iudex verſari debet, vt pro modo litis, proq́; Aduocati facundia, & fori conſuetudine, & iudicij &c. æſtimationem adhibeat &c.* & duntaxat ea pecunia, quę modum legitimum egreſſa non ſit, repeti debeat, vndè ſi ſportularum nomine, ſuprà modum legibus comprehenſum dederit, vel etiam ratione conſtituti Salarij, quid erogatum ſit, hæ profuſiones parti imputandæ non ſunt, *argum: l.* 27. *debet autem ff. de ædilitio edicto.*

Vndè paſſim in iure ſumptuum neceſſariò factorum mentio fit, *l. liberto*, 31. §. *qui aliena*, 3. *& vlt: ff. de negotiis geſtis, l.* 56. *qui mutuam*, §. *vlt: ff. mandati*, ad excludendas immoderatas expenſas, *l. inter*, 39. §. *vlt: cum l. ſeq: ff. de damno infecto.*

Neceſſàriæ autem expenſæ ſunt, quæ dantur Iudicibus, Aduocatis, Procuratoribus, Executoribus, Nuntijs &c. item quæ in viatica teſtium erogata ſunt: *de quibus latè Gail, lib.* 1. *obſ:* 151. *Gilken: in l. properandum*, §. *ſin autem alterutra, per totum. Cod: de iudiciis.*

Idem iudicium eſt, ſi Iudicibus ratione victus quid datum ſit, *Rulantus, par:* 3. *lib:* 8 *de proceſſ: iud: interrog: cap:* 17. *nu:* 12. vbi ita obſeruatum refert.

Ex his deducitur † ſumptus, qui ratione damni emergentis 336
contingunt, explicandos aut ſoluendos non videri, conſtat enim ex *d. l.* 13. §. 2. verſic. *expenſis tantummodò litis*, & alijs ſuprà adductis, expenſas circà litem factas, tantum, non damna circa aliàs res actoris inferenda eſſe, de qua re videatur *Gilken: in d. l.* 13. §. *ſin autem alterutra &c. nu:* 14. *cum ſeq: Grauæus ad Gail, concluſ:* 151. *conſideratione* 1.

Nec obſtat §. *hæc autem omnia &c. Inſtit: de pœna temere litigantium*, vbi dicitur, improbum litigatorem, damna & expen-

ſas litis inferre debere, quibus *l. fin: C. quando prouocare non eſt neceſſe &c.* iungatur.

His, ſubſequentibus conſiderationibus occurri poterit.

337 Primò,† ſi amplectamur ſolutionem C[illegible]anij, *in d. §. hæc autem*, verſic: *damnum, & expenſas &c.* vbi ait *ex Theophilo &c.* hæc duo *damnum & expenſas* idem valere: Et verbum *damnum*, latinè interdum ſumptum ſignificare.

Secundò, nihil abſurdi ſequetur, ſi ſtatuamus, *d. §. hæc autem &c.* recipere interpretationem *ex l. Sancimus*, 15. *Cod: de iudiciis*, vt damna, ſiue circà ingreſſus litis, ſiue circà honoraria Aduocatorum, aut aliàs cauſas, quæ in iudicio verſantur, ſarcienda ſint: In ſumma, damni litis intrinſeci, non autem extrinſeci, rationem habendam, cum ex ſuprà recitatis legibus, & *l. qui ſolidum*, 78. §. *etiam*, 2. *ff. de legatis ſecundo*, conſtet, præcipuè vim conſtitui in ſumptibus ex litibus prouenientibus; quare aliæ leges ſimpliciter damnorum, ſumptuum, aut detrimentorum mentionem facientes conuenientem interpretationem recipient, *l. eum quem temerè*, 79. *ff. de iudiciis, l. 4. non ignoret. C. de fructibus & litium expenſis, l. finali C quando prouocare non eſt neceſſe.*

338 Denique Coronidis loco adijciendum,† olim moderationem expenſarum apud inferiores iudices petitam fuiſſe, vt refert *Rulantus, par: 3. lib: 8. de proceſſus iudic: interrogato: cap: 17. in fine*, eam autem hodiè *in Cam: Imp: fieri, Ordinatio, Auguſtæ conſtituta Anno* 1500. *tit:* Von Koſten vnd Schaden ꝛc. *folio mihi* 52. *Ordinatio, Imperialis, par: 3. tit* 50. §. Weil aber.

Et hæc pro explicatione huius materiæ, tam impeditæ & intricatæ ſuffecerint, quam eo conſilio, vt in principio huius Tractatus propoſitum, aggreſſus ſum: Exarata autem ſint omnia ad gloriam Dei Omnipotentis &c.

Ad

Digitized by Google

AD LECTOREM.

INDICEM huius Operis, ideò non ſubiicio, quod Elenchus ſingulorum Capitum, vicem eiuſdem ſuſtinere poſſit.

FINIS.

Digitized by Google

Elenchus Capitum.

Quid sit appellatio. fol. 18.

Qui sibi hoc beneficium appellationis polliceri possint, et quibus deferendum non sit. fol. 30.

A qua causa appell.o interponi possit et a quibus denegetur app.o fol. 95.

A quibus iudicibus Concedatur, et à quibus denegetur app.o fol. 157

De temporibus solemnibus uulgò formalibus seu fatalibus app.nis fol. 211.

De effectu appellationum, in quo tam appellantis, et appellati, quam iudicis à quo, et iudicis ad quem prouocatum officia continentur. fol. 288.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google